

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A ARGUMENTAÇÃO BASEADA EM  
PRECEDENTE E A ARGUMENTAÇÃO BASEADA EM ANALOGIA**

**PEDRO PESSÔA GARCEZ DE AGUIAR**

**RIO DE JANEIRO**

**2016/2**

**PEDRO PESSÔA GARCEZ DE AGUIAR**

**SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A ARGUMENTAÇÃO BASEADA EM  
PRECEDENTE E A ARGUMENTAÇÃO BASEADA EM ANALOGIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Fábio Perin Shecaira**.

**RIO DE JANEIRO**

**2016/2**

**PEDRO PESSÔA GARCEZ DE AGUIAR**

**SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A ARGUMENTAÇÃO BASEADA EM  
PRECEDENTE E A ARGUMENTAÇÃO BASEADA EM ANALOGIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro  
2016/2**

*Aos meus pais, Marcelo e Mônica, e  
Ao meu irmão, Lucas. Por todo o apoio e amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Este trabalho representa o encerramento de um ciclo e abertura de outro, de modo que sinto uma profunda gratidão por aqueles que contribuíram para a minha formação na Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Primeiramente, agradeço a Deus por ter tido a oportunidade de estudar na excelente Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, onde obtive um crescimento acadêmico e, sem dúvidas, pessoal. O aprendizado de dentro e fora das salas de aula foi fundamental ao meu processo de evolução humana.

Agradeço à minha família pelo que são na minha vida. Aos meus pais, Marcelo e Mônica, pelo amor que me dão, por todos os ensinamentos e valores que me passam, pela confiança que depositam em mim, pelo apoio às minhas escolhas, por se preocuparem e investirem na minha formação acadêmica, e por todo o esforço que empregam diariamente para me verem feliz. Ao meu irmão, Lucas, por ser um grande amigo, pelo carinho com o qual me trata, e por estar sempre disposto a me ajudar.

Agradeço aos meus avós, tios e primos por serem presentes em minha vida e acompanharem minha trajetória, sempre me motivando e torcendo para que eu alcance os meus objetivos.

Agradeço aos meus amigos por serem uma inspiração para mim, por cuidarem de mim, por acreditarem nas minhas ideias, por me darem força para viver cada momento, pelas lições e por me ouvirem.

Por fim, agradeço, é claro, aos Mestres pela dedicação à belíssima carreira pedagógica. Nós, alunos, somos beneficiados com seus ensinamentos, imprescindíveis ao nosso desenvolvimento intelectual e espiritual. Em especial, ao Professor Murali Das pela preciosa ajuda em meu processo de autoconhecimento, e ao Professor Fábio Perin Shecaira, meu orientador nesta pesquisa, pela atenção, pela disponibilidade, pelo material bibliográfico fornecido, pelas correções e comentários. Sem o seu suporte, este trabalho não teria sido concluído.

*A vida é divinamente elaborada para que cada um de nós receba exatamente aquilo que precisa para apresentar sua expressão única no mundo.*

Debbie Ford

## RESUMO

A compreensão das formas de argumentação jurídica é fundamental para que estudantes e operadores do direito aprendam a utilizar ferramentas úteis ao exercício da atividade jurisdicional. O presente trabalho tem por objetivo tratar de duas dessas técnicas argumentativas, quais sejam a argumentação baseada em precedentes judiciais e a argumentação baseada em analogias. Com apoio nos ensinamentos doutrinários, será feita uma análise do que significa seguir precedentes, bem como dos seus elementos, dos efeitos que produzem e das práticas relacionadas a sua construção. Além disso, buscar-se-á explicar como analogias podem ser empregadas dentro do contexto jurídico, o que torna um argumento analógico mais ou menos convincente, e o desafio encarado pelo autor do argumento diante das críticas e objeções que são dirigidas a ele. Ainda, serão apresentadas interpretações divergentes com relação às semelhanças e diferenças entre essas técnicas argumentativas, oferecendo, assim, uma visão mais ampla sobre o assunto. Por fim, o foco recairá sobre as influências que a doutrina dos precedentes judiciais abordada ao longo do trabalho exerce sobre o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente através da análise de artigos do novo Código de Processo Civil, o qual trouxe inovações a respeito do tema.

**Palavras-Chave:** Filosofia do Direito; Argumentação Jurídica; Precedentes; Analogias; Common Law; Civil Law.

## **ABSTRACT**

Understanding the different techniques of legal reasoning is fundamental for law students and for people who work with the law because they can learn about how to use useful tools to exercise the jurisdictional activity. This study is devoted to exploring two of those argumentative techniques, which are reasoning from precedent and reasoning from analogy. On the basis of doctrinal studies, this will be done by an analysis of what means to argument by following a precedent, of its elements, of the effects that are produced and of the practices related to their construction. After that, the aim will be to explain how the analogical reasoning can be used in the law, what makes an analogical argument more or less persuasive, and the challenge faced by the author of the argument before the criticisms and objections addressed to it. In addition, divergent interpretations about the similarities and differences between those types of legal arguments will be presented, so that we can have a broader vision of the subject. Finally, the focus will be on the impact caused by the doctrinal studies about precedent treated along the text on the Brazilian legal system, specially analyzing some articles of the new Civil Procedure Code, that brought innovations about the theme.

**Keywords:** Philosophy of Law; Legal Reasoning; Precedents; Analogy; Common Law; Civil Law.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>1. PRECEDENTES.....</b>	<b>17</b>
1.1 Fontes do direito nos ordenamentos jurídicos.....	17
1.2 Precedente horizontal x precedente vertical.....	18
1.3 Justificativas à força vinculante do precedente.....	20
<b>2. ANALOGIA.....</b>	<b>23</b>
2.1 Justificativas ao emprego do raciocínio analógico.....	23
2.2 Analogias plausíveis.....	26
2.3 O desafio de argumentar com base em analogia.....	27
<b>3. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE ARGUMENTAR COM PRECEDENTE E ARGUMENTAR COM ANALOGIA.....</b>	<b>28</b>
<b>4. FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>32</b>
4.1 Convergência entre as tradições jurídicas da common law e da civil law.....	32
4.2 Teoria dos precedentes e os tribunais superiores brasileiros.....	34
4.3 Precedentes no novo Código de Processo Civil.....	35
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>40</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará das teorias que se ocupam de explicar o emprego das técnicas argumentativas da aplicação de precedentes e do uso de analogias, as quais oferecem ferramentas para que operadores do direito possam defender de maneira convincente suas teses, e justificar devidamente as decisões que venham a tomar.

Dentro da esfera jurídica, umas das atividades mais relevantes é a aplicação prática do direito, isto é, o exercício da atividade jurisdicional. Afinal, o que mais se busca no âmbito jurídico são soluções para os conflitos de interesse inerentes à vida em sociedade.

Sendo assim, a fundamentação jurídica tem extrema relevância dentro do contexto da atividade de aplicação do direito aos casos concretos. Compreender como um operador do direito constrói seu raciocínio, a que tipo de fonte está subordinado, e os fatores morais e principiológicos que afetam suas decisões, gera um conforto maior, na medida em que se toma consciência de que, ainda que não se esteja de acordo com o entendimento dos magistrados, determinado caso foi solucionado através de uma metodologia lógica.

Nessa temática, o trabalho a ser realizado visa entender o raciocínio jurídico empregado dentro do contexto da prestação jurisdicional. Através da comparação conceitual do que se entende por precedente e analogia, além da aplicação prática dos métodos desenvolvidos por estudiosos e juristas, buscar-se-á enfatizar a importância da compreensão das referidas técnicas como uma garantia de eficiência e coesão do sistema jurídico. Como será demonstrado, tais formas de argumentação podem receber diferentes interpretações, e é justamente esse debate filosófico que nos permite entender como os órgãos julgadores constroem seu raciocínio para tomarem suas decisões.

Será feita, portanto, uma análise de teorias que aproximam as técnicas argumentativas de aplicação de precedentes e do uso de analogias, assim como daquelas que diferenciam tais argumentos. Diferenças estas que, na visão de certos autores, muitas vezes são sutis e passam despercebidas<sup>1</sup>. Através de tal análise será possível perceber as dificuldades encontradas pelos

---

<sup>1</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 85.

julgadores no exercício de sua atividade. Ainda, em se tratando desse âmbito argumentativo, cabe mostrar as distintas maneiras através das quais as mencionadas técnicas são empregadas dentro e fora da esfera do direito.

Dessa forma, o primeiro capítulo desse trabalho versará sobre a técnica de argumentar com base em precedentes. No nosso cotidiano, não se presume que algo decidido de certa forma no passado deve ser decidido da mesma maneira no futuro. Ou seja, não nos vemos obrigados a tomar no futuro a mesma decisão que tomamos no passado. Temos sempre em nossas mãos a possibilidade de mudar nossas concepções e reconsiderar uma antiga decisão, caso passemos a desacreditar nas justificativas que sustentavam nosso julgamento anterior.

Só optaremos pelo resgate de decisões passadas se considerarmos que as mesmas foram tomadas corretamente. Se nos questionamos a respeito da exatidão da antiga decisão, nada nos impede de reconsiderá-la, afinal nós nos preocupamos em fazer a escolha certa, mas o que temos que decidir no presente não está atrelado aos nossos antigos posicionamentos.

A prática jurídica, no entanto, assim como outras práticas institucionais, dá grande importância à influência exercida pelo que foi decidido no passado sobre o que deve ser decidido no presente. Os responsáveis pela tomada de decisão nem sempre terão a oportunidade de escolha entre aplicar ou não ao caso presente aquilo que foi decidido anteriormente, ainda que discordem da precisão de tal decisão.

Mas o que se entende por precedente? Pode-se dizer que “o princípio fundamental da tomada de decisão de acordo com precedente é que os tribunais devem seguir decisões anteriores – eles devem dar as mesmas respostas às questões jurídicas que os tribunais superiores ou o mesmo tribunal tenham dado no passado”<sup>2</sup>. Assim, será mostrada a diferença entre os efeitos produzidos pelos precedentes verticais e horizontais, bem como as posições adotadas pelos órgãos julgadores que devem lidar com eles. Também serão identificadas as partes de uma decisão judicial relevantes para que a mesma possa receber o status de

---

2 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 37. (tradução livre).

precedente para casos futuros. Ainda, será imprescindível destacar o que justifica a força vinculante exercida pelos precedentes judiciais.

Isto posto, uma das discussões das quais o presente trabalho se ocupará se refere à diferenciação entre aprender com o passado e seguir o que foi decidido no passado pelo simples fato de ter ocorrido anteriormente. Inúmeras vezes o órgão julgador de um caso será persuadido por uma decisão antiga, mas ser persuadido não significa necessariamente estar obrigado a obedecer uma decisão já proferida.

Uma outra discussão a respeito do tema, refere-se à distinção entre a fundamentação com base em precedente e a fundamentação com base na lei. Trata-se de diferentes fontes do direito e a influência que cada uma exerce na atividade jurisdicional pode variar a depender do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, a abordagem recairá sobre o emprego de analogias. É possível, também, estabelecer diferenças entre sua aplicação dentro e fora da esfera jurídica. Os responsáveis pela tomada de decisões numa situação presente podem enxergar semelhanças relevantes entre o caso a ser julgado e um outro que já o fora, citando o último como análogo.

Em nossa vida individual, tendemos a selecionar antigas decisões cujo mérito já discutido justifique a correta tomada de decisão diante da controvérsia que se apresenta. Porém, se percebermos uma relação de inconsistência entre os modos através dos quais a decisão atual e a anterior foram tratadas, nada nos impede de alterar a forma de decidir.

Na esfera jurídica, ainda que os operadores do direito tenham, em certas circunstâncias, a discricionariedade para divergir de uma decisão já tomada e chegar a conclusões próprias, não é desejável que o caso presente seja tratado de modo diverso do anterior, caso as matérias discutidas em ambas as situações sejam semelhantes. A aplicação de analogias dentro do direito, ao contrário do que ocorre quando se está fora, preocupa-se com a segurança jurídica e com a coerência entre as decisões tomadas e a que se vem a tomar, atendendo, assim, as expectativas geradas pelo que já foi decidido no passado.

No ramo do direito, a abordagem acerca do raciocínio analógico pode ter variações de autor para autor, todavia um traço básico daquele que se utiliza de tal técnica para argumentar

é a busca por traçar semelhanças relevantes entre duas situações, de modo que o caso ora debatido receba o mesmo tratamento do caso considerado análogo. A ideia é que o argumento analógico se apoie sobre uma situação jurídica já regulada, seja pela lei, pela jurisprudência, ou outra fonte do direito. O autor do argumento espera, assim, que não haja controvérsia a respeito de sua conclusão. Importante mencionar que tais semelhanças não precisam ser numerosas, mas “fortes”<sup>3</sup>.

Todavia, são justamente as semelhanças apontadas pelo autor do argumento que costumam ser alvo de críticas formuladas por aqueles que não foram convencidos pelo argumento. Isto porque, as supostas semelhanças entre os casos nem sempre são evidentes. Existem, portanto, como será visto, meios para rebater um argumento analógico dentro da esfera jurídica.

Interessante que acerca das interpretações dessas técnicas argumentativas há um debate teórico. Logo, no terceiro capítulo serão abordadas as diferentes concepções que giram em torno da comparação entre a argumentação baseada em precedentes e aquela baseada em analogia. Há quem entenda que a primeira não pode ser confundida com a última, como Frederick Schauer<sup>4</sup>. Já outros autores, como Cass Sunstein<sup>5</sup>, adota uma visão diversa, na medida em que não fazem distinção entre o argumento analógico e o argumento baseado em precedente.

No último capítulo, o objetivo é aplicar a técnica argumentativa dos precedentes à realidade brasileira. Será demonstrado que o debate sobre os precedentes judiciais é absolutamente atual em relação ao direito brasileiro, uma vez que o novo Código de Processo

---

3 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 113.

4 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

5 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, nº 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

Civil, o qual passou a vigor em março deste ano, traz dispositivos que corroboram a ideia da força que os precedentes passaram a ter no nosso ordenamento jurídico.

Em um país como o nosso, cujo sistema jurídico faz parte da tradição da civil law, a lei é considerada como fonte primária do Direito, sendo o instrumento apto a solucionar as demandas submetidas ao conhecimento do Poder Judiciário. Ocorre que, a dinâmica da vida social dá origem a transformações de cunho político, econômico, cultural, muitas vezes não acompanhadas pelo legislador, o qual é incapaz de prever soluções para todas as situações concretas e futuras. Diante desse cenário, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional.

As teorias acerca da aplicação dos precedentes que serão estudadas exercem grande influência sobre as práticas processuais do nosso ordenamento jurídico. Tal influência é vista com bons olhos por grande parte da doutrina brasileira e pelo próprio legislador brasileiro, o qual buscou priorizar a efetivação e modernização do Direito.

É evidente que, se comparada com a tradição jurídica da common law, a força vinculante que os precedentes exercem em nosso ordenamento é discutível. Todavia, os que defendem a adoção de um sistema de precedentes, entendem que o respeito aos precedentes é uma conduta que contribui para o “bem-estar” do ordenamento jurídico. Afinal, prestigia-se não só a atuação dos magistrados, mas também a coerência, as expectativas geradas pelas decisões já proferidas.

Serão identificados os artigos do novo Código que fazem referência aos precedentes judiciais, bem como as diferentes interpretações formuladas por juristas acerca de tais artigos, para que se possa perceber como o legislador brasileiro pretende tratar o efeito vinculante dos precedentes. Ainda, o objetivo será indicar como o raciocínio desenvolvido pela doutrina do precedente, predominante na tradição da common law, interfere na atuação de juízes e tribunais brasileiros.

Ante o exposto, o presente tema é de grande relevância, sendo sua análise impositiva para que se compreenda diferentes formas de fundamentação jurídica, as quais são ferramentas essenciais aos operadores do direito no âmbito da solução de situações jurídicas

controvertidas, já que mantêm a segurança jurídica do ordenamento, e contribuem para a consistência e previsibilidade da atividade jurisdicional.

## **1. PRECEDENTES**

Ordenamentos jurídicos, especialmente os que pertencem à tradição da common law, conferem extrema importância à força vinculante exercida pelos precedentes, quando se trata de decisões judiciais. Espera-se que os magistrados sigam as decisões proferidas no passado somente pelo fato de existirem, independentemente do fato de estarem ou não de acordo, ou pelo fato de serem ou não persuadidos pelo conteúdo dessas decisões anteriores.

É, pois, esse caráter antecessor das decisões anteriores que lhes confere autoridade. No entanto, a tentativa de justificar a autoridade de um precedente, e o consequente respeito que se deve às decisões judiciais mais antigas, dá origem a debates teóricos e distintas interpretações acerca do que pode ser identificado como precedente.

Cumprir notar ainda que a argumentação com base em precedentes não se encontra apenas na esfera jurídica. Em diversas situações de nosso cotidiano, nos utilizamos de tais argumentos para convencermos nosso interlocutor. É o caso, por exemplo, de consumidores que insistem que lhes cobrem o mesmo preço anteriormente oferecido a outros consumidores. Mas neste trabalho, o foco será as explicações teóricas sobre a aplicação de precedentes e suas consequências dentro do ramo do direito.

### **1.1 Fontes do direito nos ordenamentos jurídicos**

Como mencionado, a forma como são tratados os precedentes varia se considerarmos as tradições jurídicas da common law ou da civil law. Verifica-se que a força vinculante dos precedentes se faz mais presente no modelo da common law. Assim, uma breve análise a respeito das fontes do Direito em ambos os sistemas ajuda na compreensão dos diferentes tratamentos recebidos pelos precedentes.

O sistema da civil law agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano. Segundo René David, é característico desse sistema o fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, as quais tinham como objetivo regular a relação entre os indivíduos, além de estarem relacionadas à ideia de justiça e a preocupações morais<sup>6</sup>. O Brasil, por ter sido colônia portuguesa, sofreu forte influência do modelo jurídico europeu. Lenio Luiz Streck explica que houve uma busca no ordenamento jurídico brasileiro para se construir o Direito baseado em um código, sendo a lei fonte primordial<sup>7</sup>.

Já a tradição da common law comporta o direito inglês, e abrange os sistemas de países como Estados Unidos, Inglaterra, País de Gales, Austrália etc. Tal tradição apresenta regras e procedimentos que não se verificam, ou que existem em menor escala na civil law. Nos sistemas da common law, a legislação compete com outras fontes do direito. É dizer, assim como a lei, os costumes oficiais e os precedentes judiciais parecem ter a mesma importância.

José Rogério Cruz e Tucci destaca que na obra dos primeiros comentaristas da common law já existia uma preocupação com a atuação dos órgãos julgadores, especialmente sobre a questão de julgamentos contraditórios, o que impulsionou estudos sobre a matéria de se julgar um caso presente da mesma forma que outro já julgado, quando ambos fossem similares<sup>8</sup>. Ao longo da evolução da common law, os operadores do direito passaram a ressaltar, cada vez mais, a relevância dos julgados, principalmente com a consolidação da doutrina do *stare*

---

6 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 23.

7 STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 77-78.

8 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 153.



*decisis*, que será abordada mais adiante, a qual trouxe a exigência de que tais decisões fossem seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito.

Não é em todo sistema jurídico que as decisões judiciais são tratadas como fonte direta, primária do direito. No nosso ordenamento jurídico, tal distinção entre fontes diretas e indiretas está presente, de modo que as primeiras são de aplicação obrigatória, enquanto, as últimas, não. Contudo, apesar de a jurisprudência ser classificada doutrinariamente como fonte indireta no direito brasileiro, na prática é provável que sua importância seja maior do que a detida pelos costumes, os quais são considerados fonte direta.

Segundo os ensinamentos de Frederick Schauer, os precedentes devem ser encarados como normas jurídicas. Isto é, deve-se tratar um precedente da mesma forma que se trata a lei, considerada fonte direta. Seguir um precedente é respeitar uma decisão judicial já tomada pelo simples fato de ela haver sido proferida por um órgão de autoridade, independentemente de haver concordância com o conteúdo de tal decisão<sup>9</sup>.

## 1.2 Precedente horizontal x precedente vertical

O Direito se preocupa em olhar para trás, quando de sua aplicação diante dos casos concretos. Espera-se que uma decisão judicial produza efeitos não só para as partes envolvidas naquele caso específico, mas também para casos futuros que possam ser enquadrados na mesma categoria daquele já julgado. Uma decisão judicial, portanto, nos ensinamentos de Schauer, deve ser coerente com outra anteriormente proferida, na hipótese de ambos os casos tratarem de matérias semelhantes<sup>10</sup>.

Nesse contexto, nota-se a força vinculante que se atribui ao precedente no sistema da common law. Tais ordenamentos estabelecem a ideia de que, normalmente, mais vale uma

---

9 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 40.

10 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 36.

decisão judicial que segue um precedente do que uma cujo conteúdo esteja correto, mas que não o faz. Antes de aprofundar as análises na complexidade que envolve a aplicação de precedentes, o presente trabalho se ocupará de explicar suas espécies. São duas maneiras distintas através das quais nasce a obrigatoriedade de seguir um precedente.

A primeira é chamada de precedente vertical. Os tribunais considerados inferiores, dentro da hierarquia do Poder Judiciário, devem obedecer às decisões proferidas no passado pelos tribunais hierarquicamente superiores. Por isso, usa-se o termo vertical, fazendo-se referência a essa relação hierárquica entre os tribunais. A título ilustrativo, se aplicássemos tal teoria ao sistema jurídico brasileiro, os juízes estariam obrigados a seguir as decisões proferidas pelos tribunais de segunda instância, que por sua vez estariam obrigados a seguir as decisões dos tribunais superiores, isto é, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, os precedentes verticais podem ser “distinguidos”, como explica Schauer<sup>11</sup>. Ou seja, o tribunal subordinado, em certas circunstâncias, tem a possibilidade de não se submeter à decisão judicial proferida por um tribunal superior. A prática da distinção será abordada de forma mais detalhada no tópico seguinte. Nesse momento, cabe nos atermos aos possíveis significados da palavra, dentro do contexto da atividade jurisdicional.

A primeira hipótese que justificaria o fato de o tribunal inferior não seguir um precedente do tribunal superior surge quando os motivos que justificam o precedente não se enquadram para justificar a decisão a ser tomada no caso presente. Um segundo sentido da “distinção”, ao contrário do primeiro, teria como base o argumento de que o precedente é defeituoso, e que, portanto, não deveria ser seguido. Nessa hipótese, o tribunal inferior busca não se ater ao precedente emanado do tribunal superior, justificando sua vontade em alguma falha do precedente vertical, é dizer, ser amplo demais, tratar de situações fáticas que não guardam correlação com o caso atual.

Na prática, verifica-se que os tribunais inferiores que pretendem “distinguir” um precedente vertical, o fazem com base na primeira hipótese, na qual não se ataca o precedente

---

11 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 57.

em si, mas tão somente repudia-se sua aplicação ao novo caso. Ainda assim, os argumentos utilizados para justificar a não obediência devem ser convincentes.

Além de terem que seguir os precedentes dos tribunais superiores, assim considerados na hierarquia judiciária, espera-se que um tribunal obedeça às decisões anteriormente proferidas pelo próprio tribunal. Aqui, dá-se o nome de precedentes horizontais, visto que a obrigação envolve um tribunal no presente e o mesmo no passado. Schauer ensina que a decisão judicial anterior exerce uma força vinculante às futuras decisões pelo simples fato de já terem sido proferidas<sup>12</sup>. Para se referir a tais precedentes horizontais, o autor utiliza a expressão latina *stare decisis*, a qual transmite a ideia de respeito as coisas já estabelecidas para não mexer no que já foi decidido.

No que tange à referida expressão, Schauer associa a mesma apenas à noção de precedentes horizontais. Segundo ele, a *stare decisis* é menos abrangente do que o termo precedente, o qual é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de um tribunal inferior de seguir decisões de um superior. Há autores, todavia, que apresentam visões divergentes.

Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, adota o posicionamento de que a expressão *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical, é dizer como representação da necessidade de um tribunal inferior respeitar decisão pretérita de tribunal superior, como horizontal, o tribunal respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos magistrados seja alterada<sup>13</sup>.

Como sabemos, a força dos argumentos com base em precedentes na common law é maior do que a força exercida por tais argumentos na civil law. Contudo, a título ilustrativo, pode-se relacionar a doutrina do *stare decisis* ao controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse contexto, o *stare decisis* em sentido horizontal corresponderia à coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, na medida em que impede a rediscussão da matéria pelo

---

12 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 37.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 542.

Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>. Já em sentido vertical, corresponderia ao efeito vinculante que emana das decisões prolatadas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o que permitiria indicar sua previsão no § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988<sup>15</sup>. Cumpre destacar, todavia, que em países de common law, não são só as decisões judiciais sobre questões abstratas que têm poder vinculante.

Voltando nossa atenção aos precedentes horizontais, estes, assim como os verticais, consistem na ideia de seguir as decisões anteriormente tomadas. Ocorre que, existem hipóteses nas quais um determinado tribunal pode não se ater a um precedente horizontal. Cumpre notar que, comparando-se as duas espécies, tais hipóteses são bem excepcionais. Entende-se que um tribunal tem a possibilidade de não seguir um precedente que ele mesmo proferiu no passado quando houver grave erro substantivo ou flagrante erro técnico.

A primeira hipótese excepcional se justifica pelas mudanças dos valores morais que transformam as sociedades, e devem ser acompanhadas pelo Direito. Sendo assim, um precedente horizontal além de ser “distinguido”, pode ser “revogado”. Revogar um precedente horizontal significa declará-lo nulo. Evidentemente, que tal revogação não deveria ser aplicada a precedentes verticais, já que não seria coerente atribuir a um tribunal inferior a possibilidade de declarar inválida uma decisão proferida por tribunal superior.

Ademais, não se pode confundir a revogação com a distinção. Enquanto a última se propõe a reduzir o campo de aplicação de um precedente, por diferenças nas condições fáticas entre os casos, por exemplo, a primeira tem como objetivo afirmar a determinado precedente deixou de ser juridicamente admitido. Francisco Rosito ensina que a técnica da distinção é utilizada para demonstrar que os fatos do caso concreto se diferenciam dos fatos que geraram o precedente. Ainda, destaca que a distinção pode ser realizada pelo órgão julgador que

---

14 MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, vol. 858, p. 11-18, abr. 2007.

15 A norma vem assim prevista: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

constituiu o precedente, como pelo órgão subordinado<sup>16</sup>. Sobre a revogação, Rosito destaca que, diferentemente da distinção, dá-se em relação à questão de direito, e não de fato. Quando o juiz revoga um precedente, ele está declinando da aplicação da regra jurídica inerente ao precedente porque entende que tal norma deve receber outra interpretação<sup>17</sup>.

Em suma, o que predomina na tradição da common law é a regra de que tanto precedentes verticais, como horizontais produzem um efeito vinculante, dado ao seu caráter pretérito. Independentemente de seu conteúdo os precedentes gozam de autoridade somente por terem status de precedente.

### 1.3 Justificativas à força vinculante do precedente

O presente tópico se ocupará de tratar das justificativas que se atribui à força vinculante exercida pelos precedentes. Mas antes de adentrarmos na lista de tais justificativas, é preciso estabelecer o meio de identificação de um precedente e as possíveis interpretações que lhe são dadas.

Como falado, o precedente é uma decisão judicial dotada de um status especial. Isto porque o precedente produz efeitos para as partes envolvidas num determinado caso concreto, mas também produz efeitos para casos futuros que possuam características semelhantes ao caso que deu origem àquela decisão judicial considerada um precedente. Segundo a teoria dos precedentes, portanto, um magistrado, diante de um litígio, tem a obrigação de obedecer às decisões judiciais já tomadas por tribunais superiores ao qual pertence ou já tomadas pelo próprio tribunal ao qual pertence.

Ocorre que nem todas as decisões judiciais gozam desse status de precedente. Isto é, algumas decisões produzem efeitos apenas para as partes envolvidas num caso concreto

---

16 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 300-301.

17 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 305.

específico. E este é um ponto crucial para a discussão filosófica existente em torno da aplicação dessa técnica argumentativa. É necessário, pois, que se saiba diferenciar as decisões judiciais, com vistas a identificar quais podem ser consideradas precedentes para casos futuros. Contudo, a identificação de um precedente não é uma tarefa simples. Afinal, a ideia de precedente nos remete a existência de uma relação entre dois casos concretos distintos, que ocorrem em diferentes momentos.

Uma decisão judicial já proferida só deverá ser seguida em casos futuros se houver semelhança entre as características de ambos os casos. Não havendo tal semelhança, não há que se falar em aplicação de precedente. É evidente que dois casos concretos jamais serão idênticos. No mínimo, as partes envolvidas serão diferentes, e o momento em que ocorrem também, o que é potencialmente relevante nesse contexto<sup>18</sup>.

Dois casos concretos são considerados semelhantes entre si, apesar das citadas diferenças básicas, quando as semelhanças de ambos os casos se sobrepõem às demais diferenças. Fala-se que dois casos são semelhantes quando suas semelhanças são mais relevantes para o Direito do que suas diferenças. Daí, entretanto, surge um grande questionamento: como determinar se dois casos concretos são relevantemente semelhantes? A resposta para a pergunta surge da análise dos aspectos legais que envolvem os casos, e da própria estrutura de uma decisão judicial.

Pode-se afirmar que uma decisão judicial recebe o status de precedente quando é proferida para solucionar uma disputa em torno da aplicabilidade de uma norma jurídica. Isto é, quando uma das partes defende a aplicabilidade da norma “X” e a outra parte da norma “Y”, cabe ao magistrado decidir qual das normas será aplicada àquele caso. Tal decisão produzirá efeitos não só para aquelas partes, mas também para casos futuros.

Outra situação se verifica quando a discussão entre as partes não gira em torno da aplicabilidade de uma norma jurídica, mas simplesmente em torno dos fatos. Ambas as partes concordam com a aplicação da norma “X”, mas divergem na apresentação dos fatos. Nessas

---

18 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 44.

hipóteses, caberia ao magistrado tomar sua decisão baseada numa discussão fática específica, o que não seria suficiente para que a decisão recebesse o status de precedente.

Superando o critério do objeto da discussão, a resposta tradicional para a pergunta feita acima sobre semelhança, para fins de se determinar o que é um precedente, segundo Schauer, gira em torno da determinação da *ratio decidendi* do caso precedente<sup>19</sup>. Para esclarecer do que se trata a *ratio* de uma decisão judicial, falaremos a respeito de uma das interpretações que são dadas aos precedentes, qual seja a ideia de que os precedentes devem ser encarados como uma norma jurídica.

Segundo Grant Lamond, autores como Frederick Shauer, Neil MacCormick, Larry Alexander, seguem essa linha de entendimento<sup>20</sup>. Nessa visão, no momento em que um tribunal soluciona um caso concreto, cria uma regra geral (norma jurídica) tanto para o presente quanto para casos futuros. É dizer, esses autores entendem que a *ratio decidendi* de uma decisão judicial com status de precedente deve ser interpretada como uma norma jurídica, a qual torna o precedente vinculante, isto é, sua aplicação se faz obrigatória. Por isso, defendem com veemência a necessidade de os magistrados e tribunais obedecerem aos precedentes, aplicando-os aos casos semelhantes, independentemente de concordarem ou não com o conteúdo da decisão. Precedentes gozariam da força de lei.

Ocorre que as decisões judiciais são, normalmente, longas e complexas, e ao contrário de uma legislação não estão organizadas em artigos, incisos e parágrafos. Sendo assim, encontrar a norma estabelecida em uma decisão judicial é uma tarefa complicada<sup>21</sup>. Para orientar a determinação de tal norma estabeleceu-se os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ambas expressões em latim. A *ratio* representa as partes de uma decisão judicial que

---

19 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 50.

20 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

21 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 125.

se mostram determinantes para o julgamento do caso. A *ratio*, pois, seria a própria norma jurídica de aplicação obrigatória<sup>22</sup>.

A identificação da *ratio* de uma decisão, como mencionado, é uma questão que gera divergências doutrinária. Isto porque, há quem entenda que a *ratio* deve ser identificada a partir de uma conexão entre os fatos do caso e o resultado do julgamento. Outros entendem quem a *ratio* estaria nos argumentos utilizados para justificar a decisão. Schauer, por sua vez, entende que a dificuldade surge quando a *ratio* de uma decisão judicial não é explicitamente demonstrada pelo órgão julgador. Nessa hipótese, a *ratio* teria que ser identificada pelo órgão julgador posterior, o qual não julgou o caso precedente, ficando a cargo de sua interpretação<sup>23</sup>. Logo, a chave para identificação da *ratio* é olhar para as palavras usadas pelo órgão julgador para explicar e justificar a sua *ratio decidendi*<sup>24</sup>. Tais palavras devem ser lidas como uma regra escrita.

Já *obiter dictum*, em contraste com a *ratio*, é uma expressão utilizada para fazer referência às partes de uma decisão judicial que não constituem a regra que deve ser observada em casos futuros. Trata-se, por exemplo, de observações e comentários feitos pelo órgão julgador que não são determinantes para o julgamento do caso.

Contudo, essa interpretação do precedente como norma jurídica foi criticada. Lamond nos mostra duas dessas críticas. A primeira se refere à forma de julgamento de um caso concreto e a segunda se à possibilidade de se “distinguir” um precedente. Os adeptos da primeira crítica (ex: Brian Simpson, Michael S. Moore)<sup>25</sup> argumentam que se uma decisão

22 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 54.

23 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 55.

24 SCHAUER, Frederick. Precedent. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012. p. 123-136. Disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1836384](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384)> Acesso em 19 out. 2016.

25 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.



judicial cria uma norma jurídica, esse seria um método ineficiente para fazê-lo. Baseiam sua crítica no fato que muitas vezes o órgão julgador não expõe de forma clara a *ratio decidendi* da sua decisão, ou seja, não revelam explicitamente os motivos determinantes para formulação de seu entendimento.

Assim, caberia aos demais órgãos julgadores analisarem a decisão judicial e identificarem a sua *ratio*. Como as decisões judiciais são longas e complexas, essa identificação poderia variar a depender do critério de interpretação. Logo, seria um meio ineficaz a criação de normas jurídicas através de decisões judiciais.

A segunda crítica gira em torno da prática de “distinção” do precedente. Como já citado, tal prática consiste na possibilidade de um órgão julgador não seguir um precedente, ainda que o caso presente seja considerado semelhante ao caso precedente. Os adeptos dessa crítica (ex: Joseph Raz, Grant Lamond)<sup>26</sup> não atacam a prática da “distinção” em si. Tal prática se mostra legítima, sob o argumento de que o ato de “distinguir” um precedente seria uma maneira de um órgão julgador modificar a norma jurídica (*ratio*) criada pela decisão anteriormente proferida (precedente), assim como legisladores modificam uma norma jurídica emendando uma legislação.

O problema, como explica Lamond, é que fazer essa analogia a uma legislação é um erro. O autor sustenta que ao contrário das normas jurídicas presentes em uma legislação, a *ratio decidendi* de um precedente seria uma norma jurídica incompleta. Ao invés de determinar como um caso futuro deve ser julgado, como fazem as normas de uma legislação, a *ratio* apenas diz que o precedente deve ser levado em consideração para o julgamento do caso posterior<sup>27</sup>. Cabe, pois, ao órgão julgador posterior verificar se o precedente deverá ou não ser aplicado.

---

26 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

27 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

A partir dessas críticas, principalmente no que tange à justificativa para a prática de “distinguir” precedentes, surgiram novas alternativas de interpretação dos precedentes. Uma das novas interpretações, ao invés de colocar a força vinculante de um precedente em um regramento, realocou-a para o conjunto de princípios que justificaram aquela decisão judicial considerada um precedente.

Segundo os autores que seguem essa linha interpretativa (Stephen Perry, Michael S. Moore, Ronald Dworkin)<sup>28</sup>, atribuir essa força vinculante aos princípios que fundamentam uma decisão judicial explica o porquê de elas serem, normalmente, extensas em sua parte de fundamentação. Além disso, afirmam que a *ratio* do precedente não se resume a regra definida, mas sim a uma forma conveniente de fazer referência aos princípios que justificam o resultado naquele caso. Por fim, encontram um modo mais natural de justificar a prática de “distinção” de um precedente. Não haveria a necessidade de seguir um precedente quando os princípios que justificaram a decisão anterior não se aplicassem aos fatos do caso presente.

Contudo, esse entendimento, como explica Lamond, também foi alvo de críticas<sup>29</sup>. A primeira delas se refere à justificativa para a prática da “distinção” de precedentes. Segundo os críticos, tal “distinção” ocorre não apenas pelo fato de os princípios que justificaram a decisão anterior não se aplicarem aos fatos do caso presente, mas também ao fato desses novos fatos darem origem a novas considerações mais convincentes para a resolução do caso.

Uma segunda crítica se relaciona ao nível de abstração de uma justificativa baseada em princípios. Diante de um caso concreto, o órgão julgador precisa verificar se os fatos em tela se enquadram ou não no âmbito definido pela *ratio* do precedente. Ocorre que a identificação da *ratio* não é uma atividade mecânica, e se torna ainda mais complicada se a busca se der em meio a justificativas baseadas em princípios, dotadas de enorme abstração.

---

28 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

29 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

Além dessas duas críticas, há outra segundo a qual a atribuição aos princípios da força vinculante de uma decisão judicial promove a falsa aproximação entre a aplicação de precedentes e o uso do argumento analógico. Segundo Lamond, tal argumento possui raízes na justificativa da decisão proferida no caso análogo anterior, porém não se pode aproximar o raciocínio analógico da aplicação de precedentes. Estes são dotados de força vinculante, enquanto que analogias não obrigam os órgãos julgadores, apenas oferecem orientações para se chegar a alguma decisão<sup>30</sup>.

Se um precedente não for interpretado como uma decisão que cria uma norma jurídica, nem como uma decisão cuja justificativa determinante seja os princípios jurídicos, como deve ser interpretado? Uma alternativa que surge é interpretar um precedente como uma decisão tomada com base em um conjunto de condições. A *ratio* do precedente continua tendo grande importância, mas ao invés de representar uma norma jurídica de aplicação obrigatória, representa, como sugere Lamond, esse conjunto de condições que justificam o resultado obtido no caso precedente. Ou seja, se tais condições estiverem presentes num caso futuro, o mesmo resultado do caso anterior deverá ser seguido<sup>31</sup>.

No entanto, é evidente que sempre haverá diferenças entre dois casos concretos. Quando as diferenças forem relevantes, o órgão julgador deve “distinguir” o precedente para chegar a um outro resultado. Logo, na visão de Lamond, não se deve comparar a suposta norma jurídica criada pela *ratio* à norma jurídica de uma legislação. O órgão julgador precedente não pretende predeterminar o resultado a ser obtido nos casos futuros, como pretende o legislador, mas somente solucionar o mérito do litígio que se apresenta.

O problema que tal linha de interpretação enfrenta está relacionado ao fato de que o órgão julgador posterior é obrigado a concordar com o conteúdo do precedente. Isso explica

---

30 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

31 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

porque esse órgão julgador não pode “distinguir” um precedente se as condições presentes no caso anterior se fazem presentes do caso presente. Porém, se o órgão julgador considerar que as condições que se apresentam são distintas das condições anteriores, e levam a um melhor resultado, o precedente pode ser “distinguido”. Sendo assim, cabe ao órgão julgador posterior decidir se há ou não essas diferenças entre os conjuntos de condições determinantes de ambos os casos. Os precedentes, pois, perdem força, tendo os futuros tribunais grande margem para não os seguir.

O presente trabalho não tem por objetivo se comprometer com alguma dessas interpretações, mas somente mostrar o debate teórico. Superado o debate, é necessário abordar outra questão filosófica que envolve a doutrina do precedente. Trata-se das justificativas à força vinculante exercida pelos precedentes, é dizer, o porquê dos futuros órgãos julgadores serem obrigados a seguir precedentes, ainda que as decisões não estejam corretas.

A justificativa mais abstrata, segundo Lamond, é a equidade<sup>32</sup>. Fala-se, pois, que casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma. A lei deve ser aplicada de modo imparcial, logo se uma parte foi tratada de uma forma em um determinado caso, todas as partes que se encontrarem em situação semelhante em casos futuros deverão receber o mesmo tratamento. Verifica-se a importância da equidade, quando se está diante de um caso, cujo precedente envolveu uma decisão favorável a uma das partes, quando os pedidos de ambas as partes eram igualmente plausíveis. Diante do caso presente, deve-se replicar o mesmo entendimento aplicado no caso precedente.

Outra justificativa para a força vinculante dos precedentes é a expectativa gerada pelas decisões judiciais. As partes de um caso concreto, portanto, criam expectativas e esperam que o mesmo entendimento que fora aplicado no passado assim o seja no presente, na hipótese de ambos os casos serem considerados semelhantes. Contudo, como destaca Lamond, essas expectativas devem ser respeitadas caso já haja uma prática estabelecida de aplicação de precedentes em um ordenamento jurídico. Não se trata, pois, de um argumento em favor ou não da manutenção de tal prática. É um argumento que só ganha força quando a prática de aplicação de precedentes já está completamente consolidada.

---

32 LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007.

Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

Além dessas, a previsibilidade pode ser considerada uma justificativa à força vinculante dos precedentes. Como se sabe, existem questões que não podem ser previstas pelo legislador, o qual deixa lacunas na legislação. As decisões judiciais ajudam a preencher essas lacunas, tornando algumas discussões jurídicas mais concretas e previsíveis. Quando as normas jurídicas são previsíveis, torna-se mais fácil para as pessoas se programarem para agir em conformidade com a norma. É coerente, pois, que essas decisões judiciais que esclarecem determinada discussão jurídica sejam seguidas.

Ainda, destaca-se como justificativa a consistência entre os órgãos julgadores. Em um ordenamento jurídico, há vários magistrados, cada um tomando suas próprias decisões. Dessa forma, a tendência é que cada órgão julgador siga sua própria interpretação, o que dificultaria estabelecer uma única posição do Judiciário sobre determinada matéria. A doutrina do precedente, então, defende que aquilo que foi decidido no passado deve ser seguido para reduzir essa variedade de resultados distintos. Segundo os teóricos, os precedentes devem ser seguidos em prol da manutenção da consistência do ordenamento jurídico.

Fato é que, não se pode esquecer que esse respeito aos precedentes não pode ser absoluto. É preciso deixar espaço para que haja variações de entendimento entre os órgãos julgadores, a depender das situações fáticas que envolvam os casos. Com relação a esse ponto, Maués expõe o entendimento de Dworkin sobre o conceito de integridade, e que a mesma não pode ser confundida com a consistência, que significa tratar igualmente os casos iguais<sup>33</sup>. A consistência exige que uma instituição repita rigorosamente suas decisões políticas passadas, enquanto a integridade requer que os padrões normativos da comunidade sejam constantemente elaborados e compreendidos de maneira a expressar um único esquema coerente de relação entre justiça e equidade. Isso implica que uma instituição que aceite a integridade terá, algumas vezes, que se afastar de decisões passadas em busca da coerência com os princípios mais fundamentais desse esquema, o que encoraja um órgão julgador a reconhecer novos direitos.

---

33 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

Por fim, outro argumento justificativo da aplicação de precedentes é a competência do órgão que profere a decisão judicial. Essa justificativa se aplica aos precedentes verticais, na medida em que se considera que as decisões proferidas por um tribunal hierarquicamente superior são mais confiáveis do que aquelas dos tribunais inferiores. Presume-se que os magistrados dos tribunais superiores são mais preparados do que os magistrados dos tribunais inferiores, e por isso, os precedentes verticais devem ser seguidos.

Assim, verifica-se que as justificativas apresentadas cumprem seu papel na defesa da aplicabilidade dos precedentes, sem se esquecer, contudo, da possibilidade de um órgão não se ater ao precedente, a depender das situações que envolvam os casos.

## **2. ANALOGIA**

A argumentação jurídica com base em analogias também possui um grande destaque. Tanto fora, quanto dentro do Direito fazemos uso de analogias para expressar nosso entendimento. Fora da esfera jurídica o raciocínio analógico apresenta uma estrutura simples: uma determinada situação “A” possui a característica “X”; a situação “B” possui a mesma característica; “A” também apresenta a característica “Y”; pelo fato de “A” e “B” compartilharem a mesma característica “X”, presume-se que “B” também compartilhe a característica “Y”.

O que se verifica, é que nos apoiando em determinados fatos, procuramos traçar semelhanças entre duas situações distintas, de modo que ambas recebam o mesmo tratamento. Contudo, conforme leciona Cass Sunstein, o emprego de tal raciocínio não necessariamente nos leva à verdade. Como citado anteriormente, fazemos uma presunção, com base em determinadas circunstâncias. É dizer, a existência de uma ou várias características semelhantes entre duas situações não significa que todas as características de ambas sejam

comuns. Trabalhamos, pois, com probabilidades, as quais devem ser apreciadas com cuidado<sup>34</sup>.

O autor destaca ainda que, no campo do direito, a estrutura do raciocínio analógico é a mesma. Advogados se utilizam de argumentos com base em analogias com objetivo de convencer os órgãos julgadores de que o caso presente deve ser tratado da mesma forma como outro caso passado o fora, por ambos apresentarem características semelhantes. Da mesma forma, os órgãos julgadores se utilizam de analogias para justificar sua opinião de que o caso presente deve ser tratado da mesma forma que um caso passado.

Normalmente, nos referimos ao caso anterior como *fonte* e ao caso presente como *alvo*. Uma característica do argumento com base em analogias é que a pessoa que o formula pode escolher a fonte análoga dentre várias opções, de tal forma que seu argumento seja o mais útil para se tomar uma decisão ou o mais convincente para que seu entendimento seja acolhido pelos demais.

O que de fato caracteriza a analogia é o fato de o argumentador acreditar que não há controvérsia em relação ao caso fonte, e assim seu interlocutor não discordaria de tal situação<sup>35</sup>. Na prática, porém, a controvérsia eventualmente se apresenta. Portanto, argumentar com analogias é oferecer razões com o objetivo de se defender certa conclusão – na esfera jurídica, como as questões jurídicas devem ser solucionadas.

## 2.1 Justificativas ao emprego do raciocínio analógico

Conforme falado, um argumento com base em analogia, no campo do direito, é um argumento que visa o convencimento de que um caso concreto que se apresenta deve ser

---

34 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, nº 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

35 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016.

tratado de uma determinada forma porque essa foi a forma pela qual um caso concreto semelhante foi tratado no passado. O ponto chave para a formulação do argumento analógico é a identificação das semelhanças, das características comuns, existentes entre ambos os casos concretos. Logo, um dos questionamentos que surge é com relação ao processo de identificação de tais semelhanças.

Lamond nos mostra que existem duas alternativas principais de resposta para esse questionamento. Segundo o autor, alguns autores entendem que o argumento analógico deve ser formulado com base em princípios jurídicos, enquanto outros entendem que a argumentação deve basear-se nas razões que determinam a solução de um caso concreto<sup>36</sup>.

No que tange à primeira linha de entendimento, os adeptos dessa corrente (MacCormick, Melvin Eisenberg, Cass Sunstein) sugerem que para se determinar a relação análoga entre dois casos concretos é preciso analisar qual é o princípio jurídico, ou o conjunto de princípios, que está por trás da decisão judicial que solucionou o caso fonte. Se o(s) princípio(s) identificado(s) nesse processo de análise for(em) aplicável(veis) ao caso alvo, há uma boa evidência de que ambos os casos devam ser tratados da mesma forma.

Como leciona Sunstein, o argumento analógico, dentro da esfera jurídica, é dotado de características, como a consistência que se cria entre as decisões judiciais por serem baseadas nos mesmos princípios. Outra característica é o fato do argumento com base em analogia dar origem a princípios que operam em um nível menor de abstração, já que nascem diante da análise que é feita para se julgar um caso concreto específico<sup>37</sup>. Ou seja, o emprego da fundamentação analógica defende certa conclusão, a qual pode ser encarada como um princípio que surge a partir do caso particular.

---

36 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

37 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n° 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.



Sunstein afirma que nenhum caso concreto será idêntico a outro, ou seja, sempre haverá diferenças e semelhanças. O grande desafio daquele que argumenta com base em uma analogia, portanto, é se certificar de que tais diferenças não são mais relevantes do que as semelhanças existentes. E a forma mais eficaz para realizar essa investigação sugerida pelo autor é a busca pelos princípios que estão por trás dos casos<sup>38</sup>.

No entanto, Lamond trata de algumas críticas formuladas contra essa linha de entendimento<sup>39</sup>. Uma delas repousa sobre o fato de que o princípio jurídico deve orientar a solução dos casos concretos. Assim, se o mérito do caso não é julgado de forma correta, o princípio no qual se baseia a decisão deve ser defeituoso, afinal, para os críticos, se o princípio fosse moralmente correto ele não fundamentaria uma decisão equivocada. Questiona-se, então, se é justificável aplicar um princípio como esse para decidir um novo caso.

Uma outra crítica se concentra no fato que os órgãos julgadores não justificam o uso do argumento analógico nos termos do princípio inerente ao caso fonte. Tais órgãos tendem a citar os casos fontes como meras ilustrações da aplicação daquele princípio, ao invés de considerá-lo ponto essencial para tratar os casos como análogos. Se um caso é citado como mera ilustração de uma possível analogia, questiona-se o quão forte seria essa analogia, isto é, quão específicas são as semelhanças entre os casos.

Lamond ensina que essa última crítica está relacionada ao fato de que decisões judiciais são raramente fundamentadas somente em princípios. Sendo assim, ainda que um determinado princípio seja aplicável a dois casos distintos, estes podem apresentar diferenças que enfraquecem o argumento analógico. Isso sugere que apesar de servirem de base para decisões judiciais, os princípios não são a essência do argumento analógico<sup>40</sup>.

---

38 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, nº 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

39 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

Já a segunda alternativa de resposta ao questionamento sobre o processo de identificação das semelhanças entre os casos se baseia nas razões que formam o entendimento do órgão julgador. Os adeptos dessa corrente, como Scott Brewer<sup>41</sup>, sugerem que a formulação do argumento analógico depende de uma análise das razões determinantes que formaram o entendimento do órgão julgador do caso fonte. Sugerem, pois, que se aprecie a *ratio* da decisão judicial já proferida no caso análogo. Se tais razões forem aplicáveis ao caso presente, pode-se estabelecer a relação análoga entre os casos. Dessa forma, é necessário identificar essas razões determinantes para o julgamento do primeiro caso e verificar se elas, de fato, reforçam a ideia de que o caso em mãos receba o mesmo tratamento.

Segundo Brewer, quem argumenta com base em analogia, incluindo operadores do direito, deve atentar não somente para a coerência do argumento, mas também para a veracidade de suas conclusões e das premissas de seus argumentos<sup>42</sup>. E são justamente as razões de decidir do caso passado que servem como um guia para que o argumento com base em analogia se aproxime da verdade.

A fragilidade desse pensamento, segundo Lamond, é que algumas vezes a *ratio* de uma decisão judicial será composta por elementos (razões) que são aplicáveis exclusivamente àquele caso particular, o que impediria a construção do raciocínio analógico para aplicar tais elementos a um novo caso<sup>43</sup>.

---

40 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

41 BREWER, Scott. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 109, nº 5, p. 923-1028, mar. 1996. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1342258>>. Acesso em 10 nov. 2016.

42 BREWER, Scott. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 109, nº 5, p. 923-1028, mar. 1996. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1342258>>. Acesso em 10 nov. 2016.

43 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

No entanto, tal interpretação relacionada à base da construção do raciocínio analógico deixa claro que existem outras justificativas além dos princípios, e ambos desempenham um papel importante na fundamentação por meio de analogia.

Identificadas as características comuns entre os casos, surge um novo questionamento dentro do contexto do raciocínio analógico. Por que tais características comuns devem ser consideradas um motivo para que ambos os casos recebam o mesmo tratamento? Antes, contudo, imaginemos situações da vida, fora da esfera jurídica. Como já citado, duas situações jamais serão exatamente idênticas, e tampouco serão absolutamente diferentes. A depender da relevância das semelhanças e das diferenças, estabelecemos determinado tipo de relação entre duas situações.

Para que estabeleçamos uma relação entre as situações, devemos nos apoiar em algum critério. No caso da relação análoga, segundo Sunstein, para que esta seja estabelecida devemos nos apoiar em princípios genéricos que regem nossas vidas, e, assim, identificarmos as semelhanças entre as situações<sup>44</sup>.

Ocorre que os princípios possuem alto nível de abstração, o que, muitas vezes, dificulta a sua compreensão. Sunstein, portanto, afirma que o argumento com base em analogia é muito útil para desenvolver esses princípios e torná-los mais palpáveis, na medida que são aplicados às situações particulares<sup>45</sup>.

Além disso, Lamond procura mostrar a utilidade do argumento analógico dentro de um contexto mais específico. Como ensina o autor, quando estabelecemos uma relação de analogia entre duas situações, podemos seguir algumas possíveis hipóteses: podemos

---

44 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n° 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

45 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n° 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

considerá-las análogas, não análogas, ou podemos considerar análogas, mas não concordar com a forma pela qual a situação fonte foi tratada<sup>46</sup>.

Nessa última hipótese, pelo fato de não concordarmos com o tratamento que a situação anterior recebeu, não o replicamos ao caso presente, mesmo sendo as duas situações análogas. Naturalmente, preferimos acreditar em nossas convicções do que no julgamento alheio. O argumento analógico é útil, portanto, pois serve como um instrumento que nos permite analisar e nos aprofundar nas características de ambas as situações.

Na esfera jurídica, ao contrário, o julgamento de mérito de um caso concreto não pode ser simplesmente ignorado. O trabalho dos órgãos julgadores é complexo e deve ser levado em conta. Assim, para solucionar um determinado caso, o órgão julgador deve considerar casos semelhantes que já tenham sido julgados. Lamond defende que o uso de argumento analógico é benéfico porque tal prática obriga os órgãos julgadores a analisarem cautelosamente uma variedade de fatos e opiniões bem maior do que aqueles que o caso particular presente contém, contribuindo, assim para uma compreensão mais aprofundada sobre certa matéria<sup>47</sup>.

Ademais, há que se falar na consistência necessária dentro de um ordenamento jurídico. Quando dois casos apresentarem semelhanças relevantes, no que tange à discussão do mérito, seria inconsistente tratar o caso presente de forma distinta. Sendo assim, o argumento analógico se revela fundamental para tal consistência. Outra justificativa para o emprego do argumento analógico está relacionada ao fato de que tratar dos casos semelhantes da mesma forma mantém a coerência do ordenamento jurídico.

Isto porque, um ordenamento jurídico possui diferentes fontes do Direito, além de possuir uma pluralidade de órgãos julgadores que atuam na construção desse ordenamento.

---

46 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

47 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

Como Lamond explica, esse material jurídico é produzido ao longo de anos por diferentes pessoas, em diferentes épocas, cujos valores sociais variam. Logo, esse esquema de decisões judiciais individuais não leva à uniformidade. O argumento analógico ajuda a unificar os entendimentos, na medida que confere importância para decisões e doutrinas já existentes.

É preciso destacar, contudo, que essa uniformidade entre as decisões judiciais só pode ser alcançada porque os aplicadores do direito sabem que têm de estabelecer um certo grau de concordância com os julgamentos alheios, ainda que discordem em alguns aspectos. Sunstein também destaca a importância de se manter a coerência no ordenamento jurídico. Para o autor o ordenamento jurídico trata as decisões judiciais como pontos fixos, e por isso, julgamentos, ainda que questionáveis, devem ser respeitados, tendo em vista tal estabilidade entre as decisões. O argumento analógico se mostra útil porque identifica os princípios jurídicos que orientam um padrão de julgamento para vários casos, mantendo a coerência<sup>48</sup>.

Assim, a relação análoga entre dois casos sugere que ambos sejam tratados da mesma forma, o que permite que os operadores do direito formulem previsões e criem expectativas. É certo, no entanto, que a coerência não é um valor absoluto. Essa relação análoga não será estabelecida se houver fortes indícios que indiquem a separação dos casos.

## 2.2 Analogias plausíveis

Conforme falado no tópico anterior, o uso típico de uma analogia, dentro da esfera jurídica, envolve um argumento formulado por um advogado ou uma justificativa de certa decisão formulada por um órgão julgador de que o caso presente é semelhante a outro caso passado. O ponto crucial, portanto, quando se trata do argumento analógico, é a semelhança ou semelhanças existentes entre os casos. Ocorre que, dois casos além de apresentarem semelhanças, sempre apresentarão diferenças entre si. Sendo assim, como determinar se um caso pode ser considerado análogo a outro?

---

48 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n° 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

Quando um advogado, ao defender os interesses de seu cliente, pretende que o caso presente receba o mesmo tratamento recebido por outro no passado, buscará estabelecer uma relação de analogia entre os casos, através de um argumento que se apoia nas semelhanças existentes entre as situações. Da mesma forma, o advogado da parte contrária irá se apoiar nas diferenças existentes entre os casos para argumentar no sentido de que o caso presente não deve ser tratado como fora o caso passado<sup>49</sup>.

Fato é que ambos os advogados estão corretos. Afinal, existem semelhanças e diferenças entre os casos. Todavia, nem todas as características comuns e nem todas as diferenças são consideradas relevantes. Segundo Schauer, o que distingue os bons argumentos analógicos dos maus, é justamente o fato de que os bons se baseiam em semelhanças relevantes dentro daquele contexto jurídico, enquanto os maus se apoiam em semelhanças juridicamente irrelevantes, ainda que sejam relevantes para outros propósitos<sup>50</sup>.

Assim, para ser respeitada, a analogia deve ser plausível, é dizer, deve partir de um caso fonte persuasivo e basear-se em semelhanças relevantes. Cabe destacar que a classificação de uma analogia como plausível não está condicionada à quantidade de semelhanças ou diferenças entre os casos. Certas vezes, apenas uma semelhança é mais relevante do que as várias diferenças que se apresentam, e vice-versa. Porém, é útil acumular a maior quantidade de semelhanças ou diferenças possíveis para transmitir uma ideia sólida de proximidade ou distanciamento, respectivamente, entre o caso fonte e o alvo<sup>51</sup>.

Quando se argumenta com base nas semelhanças relevantes, o argumento ganha maior “peso”, e se torna mais convincente, de modo que o interlocutor confere maior respeito àquela conclusão defendida por quem está argumentando. É importante, pois, explicitar as semelhanças relevantes entre os casos, reduzindo as margens de críticas ao argumento

---

49 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 121.

50 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 94.

51 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 113.

analogico. Ocorre que, não é raro o fato de autores de argumentos analógicos abreviarem o argumento e omitirem as semelhanças relevantes entre caso fonte e o caso alvo. O autor opta por tal opção por acreditar que as semelhanças são muito evidentes e, portanto, não precisariam ser mencionadas. Porém, a omissão pode ser também um recurso retórico do autor que não confia muito na relevância das semelhanças<sup>52</sup>.

Schauer apresenta alguns exemplos de analogias plausíveis para ilustrar a sua teoria. Um desses exemplos é um caso no qual o argumentador contesta a proibição imposta a casamentos entre pessoas do mesmo sexo. O autor destaca que o mesmo ordenamento jurídico também proibia o casamento entre pessoas de diferentes raças<sup>53</sup>. Contudo, a proibição do casamento inter-racial foi declarada ilegal. A partir desse caso fonte, pois, o argumentador concluiu que o caso alvo deveria receber o mesmo tratamento, isto é, a vedação ao casamento homossexual também deveria ser declarada ilegal, com base na semelhança relevante existente entre os casos, qual seja o fato de ambas as proibições impedirem o casamento das pessoas em decorrência de características pessoais imutáveis.

Schauer destaca, contudo, que além da mencionada semelhança, havia diferenças entre os casos. Como diferença poderia ser alegado que a proibição do casamento inter-racial não interfere na política governamental de reprodução, ao contrário da proibição ao casamento homossexual. A grande questão seria, portanto, identificar o que se mostra mais relevantes, semelhanças ou diferenças<sup>54</sup>.

O fato de uma analogia ser plausível, entretanto, não impede que a mesma seja refutada. Assim, tal analogia está sujeita a, pelo menos, dois tipos de objeção. A primeira ocorre quando a relevância de uma ou das várias diferenças forem maior do que a relevância da semelhança entre dois casos concretos. Nessa hipótese ambos os argumentos se baseiam no mesmo caso

---

52 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 114.

53 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 86.

54 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 123.

fonte. Contudo, a analogia seria afastada porque os argumentos em defesa das diferenças entre os casos se mostra mais persuasivo<sup>55</sup>.

A segunda objeção se baseia na oferta de uma analogia rival, ou seja, mesmo não havendo diferenças relevantes entre a situação análoga e a situação presente, o crítico pode se apoiar num caso fonte distinto<sup>56</sup>. Assim, a analogia primitiva mantém-se intacta, mas como a outra parte se apoia em uma situação análoga distinta para argumentar, chega-se a uma conclusão em outro sentido se comparada àquela originalmente arguida.

Nessa segunda hipótese, os argumentos não se referem ao mesmo caso fonte. Enquanto uma das partes conclui que existe uma relação análoga entre o caso presente e o caso fonte “A”, com base nas semelhanças relevantes existentes entre ambos, a parte adversa apresenta um argumento analógico para indicar que as semelhanças entre o caso presente e o caso fonte “B” são mais relevantes, e por isso, a analogia deve ser estabelecida entre estes casos<sup>57</sup>. Ambas as analogias são plausíveis e contra ambas podem ser feitas objeções. Resta, portanto, ao órgão julgador a tarefa de decidir qual das semelhanças tem maior relevância jurídica para solucionar aquele caso específico.

Ainda, merece destaque o fato de que o argumento analógico pode envolver um único ou uma pluralidade de casos fonte, assim como de casos alvo, ou uma série de casos fonte para um único caso alvo e vice-versa<sup>58</sup>. Todavia, quando muitos casos são tratados como um único caso fonte, tem-se a impressão de que o argumento analógico é mais persuasivo.

---

55 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 121.

56 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 122.

57 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 123.

58 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 119.



A partir dessa análise, estabeleceram-se conceitos para que as diferentes situações pudessem ser identificadas. Assim, fala-se em analogia legis e analogia juris<sup>59</sup>. A primeira faz referência ao argumento analógico que parte de um único caso para outro, enquanto a última se refere ao argumento analógico que parte de uma pluralidade de casos. Em essência, no entanto, os argumentos são os mesmos<sup>60</sup>. O que muda é a quantidade de casos fonte empregados na construção do raciocínio.

### 2.3 O desafio de argumentar com base em analogia

Conforme destacado no tópico anterior, a argumentação com base em analogia, dentro da esfera jurídica, envolve argumentos sobre quais semelhanças e quais diferenças entre os casos são ou deveriam ser juridicamente relevantes. Contudo, o termo “relevante” é dotado de muita abstração. O que é relevante para um, não necessariamente o será para outros. Surge, portanto, a seguinte questão: de onde vem tal determinação de relevância da semelhança?

Na visão de Frederick Schauer, o uso de tais argumentos analógicos está relacionado ao trabalho do órgão julgador do caso considerado como fonte, já que este irá indicar ou não as características relevantes<sup>61</sup>. Assim, tanto os advogados quanto o órgão julgador que trabalham no caso alvo teriam a possibilidade de verificar se as características comuns ao caso anterior se incluem no rol de aspectos relevantes. O autor sustenta que quanto mais indeterminadas restarem a relevância de tais aspectos, mais “fraco” será o argumento analógico que nelas se baseia, aproximando-se mais das analogias feitas fora do campo do direito.

---

59 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 118.

60 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 113.

61 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 95.

O questionamento sobre a origem da relevância das semelhanças, entretanto, suscita um debate teórico, a partir do qual são formuladas críticas contra o método de emprego do argumento analógico. Schauer nos mostra que os críticos formulam alguns questionamentos<sup>62</sup>. Um deles se funda no entendimento de que a determinação de relevância das semelhanças entre os casos pode ser encontrada em *regras* formuladas pelos órgãos julgadores quando decidem os litígios.

Tais regras são criadas a partir dos fundamentos que sustentam as decisões judiciais. Muitas vezes, quando o órgão julgador soluciona a questão controvertida, expõe de forma clara as circunstâncias fáticas, as normas jurídicas, os princípios ou outras razões que justifiquem seu posicionamento. Com base nessas justificativas nasce a regra, a qual, se for aplicável a um caso posterior, legitima a relação análoga entre este o caso anterior.

Até então, não há muitos problemas. Mas o desafio começa a se tornar mais evidente, uma vez que nem sempre um órgão julgador, em sua atividade jurisdicional, expõe de forma clara tal regra. A partir daí Schauer indica que os críticos oferecem outra possível origem da determinação de relevância. Ora, segundo eles, se o órgão julgador anterior não esclarecer o que foi mais determinante para sua tomada de decisão, caberá ao órgão julgador posterior analisar a decisão judicial do outro órgão e determinar as características que considera mais relevantes. Ao fazer isso, o órgão julgador posterior estaria apto a dizer que ambos os casos deveriam ser tratados da mesma forma. Ao próprio órgão caberia estabelecer a regra que indica quais características da decisão são relevantes ou não.

Ocorre que, essa tarefa não é simples, e como os críticos afirmam, nesse cenário os órgãos julgadores não argumentam com base em analogia. Isto porque, o órgão julgador posterior não decidiria o caso concreto com base em uma regra pré-fixada, afinal coube ao próprio órgão a formulação desta regra quando do momento da decisão do caso presente. Seu entendimento estaria baseado em alguma legislação, princípio, ou qualquer outro fator que não uma regra estabelecida anteriormente por outro órgão julgador.

---

62 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 97.

É nesse ponto que se concentra a principal crítica contra a atuação desses órgãos julgadores. Schauer mostra que, para os críticos, tais órgãos invertem a ordem lógica da construção do argumento analógico<sup>63</sup>. Primeiro é necessário que haja uma regra estabelecida no julgamento de outro caso. Com base nesta regra, seria formulada a analogia. Na prática, o que os órgãos fazem é construir o argumento analógico e depois “identificar” uma regra que mais convém para sustentar o argumento.

A regra deve determinar a analogia, e não o contrário. O que os órgãos fazem, na visão crítica, é argumentar com base em legislação, princípio, ou qualquer outra coisa, e depois elencar características do caso passado que justificassem sua relação análoga com o caso presente. Essas características escolhidas como relevantes serviriam como a regra conveniente para mascarar o seu argumento, como se este fosse analógico. Assim, conseguiria sempre resguardar os seus interesses. O grande problema para os críticos é que o órgão julgador posterior estaria fazendo uma escolha e agindo como se, de fato, existisse uma similaridade natural entre os casos. Logo, muito do que se exalta com relação ao emprego do raciocínio analógico, seria na realidade um exercício criativo por parte do órgão julgador posterior.

Schauer ensina que existem várias respostas aos críticos, apesar de todas, de algum modo, envolverem questões psicológicas. Em oposição às opiniões críticas, sustenta-se que argumentar com base em analogia não envolve apenas a aplicação de uma regra pré-fixada ou mesmo a criação de uma nova regra. Essa habilidade de traçar ligações entre duas situações singulares sem generalizações é uma forma de raciocínio humano. A título de exemplo, vimos que, a depender do critério, é possível haver mais de um caso concreto considerado análogo ao caso presente. Nessas hipóteses, quando o órgão julgador elege um dos casos como análogo é porque ele conseguiu enxergar maior semelhança entre esse caso e o caso atual.

Schauer afirma que, ainda que o órgão julgador anterior não tenha exposto de forma clara suas razões de decidir e as características relevantes do caso, a primeira atividade mental do órgão julgador posterior sempre será a identificação de semelhança entre os casos, o que configura um raciocínio analógico<sup>64</sup>. O debate entre os que criticam e os que defendem a utilização do argumento analógico gira em torno de como as pessoas pensam. Assim, a

---

63 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 98.

controvérsia envolve dois comportamentos: o fato das pessoas partirem de algo genérico e aplicar ao caso particular, como sugerem os críticos, ou o fato de partirem de intuições pessoais para depois explica-las.

Esse desafio suscitado pelos críticos reforça o caráter distintivo do argumento analógico. Não há, como leciona Schauer, ganhador nesse debate<sup>65</sup>. Mas a discussão permite que os operadores do direito percebam a importância de se saber quando o argumento analógico é construído com base nas características comuns relevantes estabelecidas anteriormente e quando não são.

### **3. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE ARGUMENTAR COM PRECEDENTE E ARGUMENTAR COM ANALOGIA**

Após o destaque das principais características do argumento com base em precedente e do argumento com base em analogia, faz-se necessário o apontamento de semelhanças e

---

64 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 99.

65 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 100.

diferenças entre os argumentos traçadas por juristas que se aprofundaram no estudo do raciocínio da argumentação jurídica.

Segundo Antonio Moreira Maués, Cass Sunstein defende que, em determinadas circunstâncias, a aplicação de precedentes funciona como uma analogia. Para desenvolver sua teoria, o autor se apoia na ideia de *acordos teóricos incompletos* (incompletely theorized agreements)<sup>66</sup>. Tais acordos priorizam resultados concretos em detrimento de abstrações, o que permite a existência de concordância entre pessoas que pensam de forma distinta.

Como ensina Maués, em tais acordos teóricos incompletos os participantes concordam com o resultado, ainda que não o façam com relação à teoria geral que o justifica<sup>67</sup>. No campo do direito, significa que a concordância sobre determinada decisão judicial não obriga os órgãos julgadores a concordarem com uma mesma teoria geral. O autor destaca que Sunstein preocupou-se em analisar as ferramentas das quais os órgãos julgadores dispõem para realizar seu trabalho. Esses instrumentos são regras, princípios, parâmetros, fatores, analogias, cuja importância, segundo o autor, é maior do que aquela das teorias gerais.

Dentre essas fontes do raciocínio jurídico, o autor menciona que Sunstein destaca a analogia como uma das que mais favorece a obtenção de acordos teóricos incompletos<sup>68</sup>. Em sua visão, para que os órgãos julgadores estabeleçam as semelhanças entre dois casos concretos, devem se apoiar em princípios dotados de baixo nível de abstração, o que permite chegar a um acordo sem recorrer a teorias gerais. Isto porque, além de analogias não exigirem o desenvolvimento de teorias profundas para serem aplicadas, não é possível aplicar um

66 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

67 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

68 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

raciocínio a partir de um caso particular em direção a outro particular sem recorrer a um mínimo de abstração, representando, por exemplo, o porquê de a decisão de um caso concreto valer ou não para outro caso.

Tais características seriam suficientes para justificar a adequação do raciocínio analógico em um sistema jurídico composto de vários órgãos julgadores, que apresentam opiniões diversas a respeito dos princípios fundamentais, mas que devem considerar grande parte dos casos já julgados como pontos fixos a partir dos quais eles devem trabalhar<sup>69</sup>.

Sunstein revela um grande problema enfrentado pelo raciocínio analógico decorrente do fato de que o uso de analogias não garante a verdade das conclusões obtidas, uma vez que a existência de uma ou mais características comuns entre dois casos concretos não significa que eles compartilhem todas as demais características. O que o raciocínio analógico oferece, de fato, com base nas semelhanças relevantes, é um juízo de probabilidade de que haja mais semelhanças entre os casos<sup>70</sup>. Além disso, ressalta que as analogias não são dotadas de caráter dedutivo, já que o princípio com base no qual os casos são decididos não é dado com antecedência e aplicado ao caso presente, mas surge durante o processo de comparação entre os casos.

Maués evidencia que, nas lições de Sunstein, para que o raciocínio analógico evolua dentro da esfera jurídica quatro elementos devem ser observados, quais sejam: (i) é necessária a coerência entre os julgamentos dos casos concretos, baseada em princípios que harmonizam os resultados; (ii) o raciocínio analógico desenvolve princípios a partir dos casos concretos; (iii) o raciocínio analógico não necessita de uma teoria geral para justificar seus resultados; e (iv) os princípios produzidos pelo raciocínio analógico são pouco abstratos<sup>71</sup>.

---

69 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n° 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

70 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, n° 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

Assim, o autor destaca que a aplicação de um precedente pode se dar com base no raciocínio analógico. Maués explica, apoiando-se no entendimento de Sunstein, que a aplicação de um precedente depende da identificação de sua *ratio*, é dizer, a fundamentação da decisão judicial que deverá ser aplicada aos casos futuros. Ocorre que a compreensão dessa fundamentação pode variar à medida que novos casos vão surgindo, o que torna inviável a antecipação das situações que a *ratio* abrange. Logo, a identificação da *ratio* não significa a descoberta de algo que já se encontra no precedente, mas uma construção feita pelos órgãos julgadores que a ele se vinculam<sup>72</sup>.

É justamente essa construção feita pelos tribunais, como expõe Maués, que faz com que o precedente funcione tanto como regra, quanto como analogia. O precedente funciona como regra quando é aplicado entre casos similares, que não apresentam diferenças relevantes. O contexto, contudo, muda quando o precedente funciona como analogia. Nessa hipótese, sua aplicação ocorre entre casos, que apesar de apresentarem diferenças relevantes, podem ser solucionados por um mesmo princípio, ainda mais relevante dos que as mencionadas diferenças.

Fato é que distinguir quando a aplicação de um precedente se dá como regra ou como analogia não é uma tarefa simples. O autor esclarece a visão de Sunstein, segundo a qual é preciso analisar cuidadosamente o caso posterior, e além disso é necessário que haja um consenso social com relação à aplicabilidade do mesmo princípio jurídico a ambos os casos. Quando existem diferenças relevantes entre o caso fonte e o caso alvo, e ainda assim um precedente é aplicado, o precedente é concebido como analogia, enquanto que quando se diz que o precedente é uma regra, significa que ele é tão semelhante ao caso em questão que não haverá dúvidas em relação a sua aplicação<sup>73</sup>.

---

71 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

72 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

Sunstein defende que “o raciocínio analógico no Direito opera com precedentes que possuem um status de pontos fixos; isto é, mesmo para as pessoas que discordam bruscamente dos resultados inseridos nesses precedentes. (...) O fato de os precedentes serem pontos fixos também ocasiona uma sobreposição de consenso, restringindo as áreas de discordância razoável. Nesse sentido, o raciocínio analógico introduz um grau de estabilidade e previsibilidade”<sup>74</sup>.

Maués mostra que, segundo os ensinamentos de Sunstein, tratar um precedente como analogia é mais vantajoso do que tratá-lo como uma regra<sup>75</sup>. Em primeiro lugar, porque o raciocínio analógico exige um compromisso com a consistência e com o direito que as partes dos casos fonte e alvo têm de receber o mesmo tratamento. Além disso, à medida em que o órgão julgador do caso alvo aplica o raciocínio analógico, ele encontra princípios de nível pouco abstrato que estão por trás da decisão judicial do caso fonte.

Ainda, para Sunstein o tratamento dos precedentes como analogias é uma alternativa superior às regras. O respeito aos precedentes como analogias ajuda a evitar que os juízes utilizem teorias confusas. Outra justificativa é o fato de o raciocínio analógico com base em precedentes promover valores de previsibilidade e de proteção das expectativas. Por fim, o raciocínio analógico é uma boa alternativa para poupar tempo, já que ao aplicarem os precedentes os órgãos julgadores não precisam recriar os fundamentos do direito.

Frederick Schauer, em contrapartida, entende que o argumento com base em precedente não pode ser confundido com o argumento analógico. Como destaca o autor, na esfera jurídica

---

73 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

74 SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, nº 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016. (Tradução Livre)

75 MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.



usam-se analogias para se fazer referência a casos já julgados, porém é preciso ter em mente que decidir com base em um precedente não é uma forma de argumentação por analogia. O raciocínio analógico não envolve a força vinculante exercida por um precedente<sup>76</sup>.

O autor explica que os operadores do direito, ao construírem analogias, indicam que aspectos do caso presente são semelhantes a aspectos de um caso passado considerado como fonte, e assim, devem aprender com as situações já julgadas, seja para segui-las ou descartá-las. Aquele que argumenta com base em analogia tem uma possibilidade de escolha dentre os vários casos fontes, de modo que será escolhida aquela situação que se mostrar mais útil para o argumentador convencer a todos que sua decisão está correta<sup>77</sup>.

Logo, analogias são feitas com base em escolhas. Vários casos podem ser considerados análogos ao caso presente, a depender do critério de comparação adotado. Será escolhido aquele que transmite a lição que mais se aproxima da justificativa que o órgão julgador pretende dar a sua própria decisão. Claramente, operadores do direito não selecionariam como casos fontes para suas analogias situações que não levariam os demais à mesma conclusão que o argumentador pretende chegar.

Já o conceito dos precedentes, conforme destaca Schauer, é bem diferente. A força vinculante que uma decisão judicial exerce por conta de seu status de precedente impede, em algumas ocasiões, que um órgão julgador decida um caso presente da forma como mais lhe convém. Assim, ao contrário do que ocorre quando se argumenta com base em analogias, a aplicação de um precedente é uma forma de argumentação que não dá margens de escolha para aquele que argumenta. O uso de analogias e precedentes, dentro da esfera jurídica, difere, afinal, no caso do argumento analógico, escolhe-se uma decisão judicial anterior que justifica um argumento, enquanto que um precedente se impõe em detrimento de uma decisão preferível<sup>78</sup>.

---

76 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 85.

77 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 86.

Isso explica o fato de a doutrina do precedente defender que os órgãos julgadores devem aceitar a autoridade dos precedentes e segui-los, ainda que os considerem equivocados. Portanto, a aplicação de precedentes não envolve escolhas feitas pelos advogados ou órgãos julgadores dentre várias possibilidades de casos fontes, nem significa o emprego de um raciocínio analógico com vistas a justificar a opinião que mais agrada aquele que argumenta.

Como Schauer ensina, a diferença mais gritante entre a força vinculante exercida pelos precedentes e o clássico uso de analogias é a margem de liberdade de escolha. Enquanto aquele que argumenta com base em analogia tem grande leque de opções dentre várias fontes análogas, aquele que aplica um precedente não goza dessa liberdade e deve seguir uma decisão judicial pelo simples fato de ser anterior<sup>79</sup>.

Como já mencionado, quaisquer dois casos concretos apresentam diferenças em relação a alguns aspectos. Contudo, quando as semelhanças se mostram relevantes, a decisão a ser tomada no caso presente gira em torno da mesma questão que foi respondida em uma ocasião anterior. Quando a *ratio decidendi* do precedente é clara, isto é, quando o caso anterior estabelece uma norma geral claramente vinculante para casos futuros, o órgão julgador do caso atual não precisa chamar para si a responsabilidade de construir um princípio.

Schauer defende, pois, que a existência de semelhanças inevitáveis entre os casos fonte e alvo, e a força vinculante exercida pelos precedentes verticais e horizontais fará com que o órgão julgador, muitas vezes, tome uma decisão que ele próprio considera indesejável ou equivocada. Fato que não ocorre quando o órgão julgador argumenta com base em analogia, já que tem a possibilidade de buscar o caso fonte que melhor fundamente o seu argumento, usado para justificar sua própria opinião<sup>80</sup>.

---

78 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 88.

79 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 90.

80 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 91.

Grant Lamond também trata a aplicação de precedentes e o uso de analogias de forma distinta. Segundo o autor, o argumento com base em uma analogia complementa a aplicação de precedentes de duas maneiras diferentes<sup>81</sup>. Num primeiro cenário, é preciso imaginar uma situação em que um órgão julgador tenha que decidir um caso presente sem estar vinculado a nenhum precedente. Nessa situação, pois, não há nenhum precedente obrigando o órgão julgador a dar ao caso presente o mesmo tratamento dado a um caso no passado. Todavia, pode ser que o órgão julgador entenda que o caso em mãos mereça receber o mesmo tratamento dado a um caso já julgado. Assim, será construída uma analogia entre os casos, de modo que o órgão julgador possa mostrar as semelhanças que identificou entre ambos e justificar a sua decisão no caso presente.

Num segundo cenário, imaginemos uma situação em que o órgão julgador tenha que decidir um caso presente e se encontre vinculado por um precedente. Porém, o órgão entende que o caso em tela não merece receber o mesmo tratamento recebido pelo precedente, afinal haveria razões plausíveis para “distinguir” o precedente. Assim, o órgão julgador irá construir uma analogia entre ambos os casos para justificar que o precedente não deve ser aplicado ao caso presente.

Além disso, Lamond sustenta que a força de um argumento analógico não é a mesma de um argumento com base em precedente<sup>82</sup>. Um precedente que não pode ser “distinguido”, por exemplo, deve, obrigatoriamente, ser seguido. Ao contrário, a força de uma analogia varia a depender da evidência das semelhanças entre os casos, sobre as quais é construído o argumento analógico. Analogias não exercem uma força vinculante como fazem os precedentes, ou seja, para se chegar a um resultado por meio de analogias é preciso que várias circunstâncias sejam levadas em conta.

---

81 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

82 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

O autor destaca, ainda, que em um ordenamento jurídico composto por vários órgãos julgadores é natural que haja uma grande divergência de entendimentos. A força vinculante dos precedentes e o uso de analogias, nesse contexto, serviriam como mecanismos de controle de tais divergências, mantendo, assim, um mínimo consenso entre os tribunais e a previsibilidade das decisões judiciais. Contudo, precedentes e analogias, apesar de realizarem esse controle, deixam um certo espaço para que os tribunais possam contribuir na construção do direito, de acordo seu próprio entendimento. Porém, o fazem de maneiras distintas, isto é, a aplicabilidade de um precedente pode ser afastada em situações excepcionais, enquanto que analogias oferecem justificativas, que muitas vezes podem ser desconstruídas, para se chegar a uma conclusão<sup>83</sup>.

Portanto, na visão desses autores, o argumento com base em precedente não pode ser confundido com o argumento analógico. Afinal, argumentar com base em precedente significa aplicar simplesmente o entendimento proferido em um caso já julgado ao caso presente, enquanto que argumentar com base em analogia significa não só aplicar o entendimento proferido em um caso já julgado ao caso presente, mas também sustentar a existência de semelhanças relevantes entre ambos os casos, de modo a tornar o argumento o mais convincente possível.

Percebe-se, pois, que o argumento analógico é mais complexo, afinal, ao contrário do argumento com base em precedente, abre margem para discordâncias, na medida em que traz inovações, isto é, sustenta uma conclusão que não está prevista em lei, e tampouco foi proferida por outro tribunal no passado. A título ilustrativo, cabe retomarmos o já citado exemplo de Schauer sobre a possibilidade de casamento entre pessoas de diferentes raças e pessoas do mesmo sexo. O argumento analógico é formulado para justificar a permissão do casamento homossexual, aplicando o entendimento já proferido de que o casamento interracial também estaria autorizado, e sustentando semelhanças relevantes entre as formas de casamento – na hipótese seria a impossibilidade de vedação do casamento por características pessoais imutáveis. Por conta de tais semelhanças, o tratamento dado aos casos deveria ser o mesmo.

---

83 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

São justamente essas inovações trazidas pelo argumento analógico que dão margem para discussões a respeito da força do argumento. Para reduzir as discussões, é necessário que as semelhanças relevantes entre os casos sejam mostradas e justificadas de forma clara, por exemplo, como destaca Lamond, através de princípios<sup>84</sup>, tornando, assim, o argumento mais completo.

#### **4. FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Neste último capítulo, o objetivo é verificar como as teorias abordadas até aqui influenciam a construção do ordenamento jurídico brasileiro, seja em relação à postura do legislador ou à atuação dos tribunais superiores, especialmente no que tange aos precedentes judiciais. Este assunto interessa àqueles que operam o direito, e a tendência é de que tal interesse só aumente, já que o Novo Código de Processo Civil, cuja entrada em vigor ocorreu em março deste ano, alterou algumas concepções do nosso ordenamento com relação aos precedentes.

No entanto, antes de começarmos a olhar para a nossa legislação e para a atuação dos nossos tribunais, é impositivo entender algumas razões que contribuíram para a tal mudança de tratamento recebida pelos precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

---

84 LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

A atividade jurisdicional é, sem dúvidas, uma das mais importantes dentre as que fazem parte da ciência jurídica. Se pensarmos a essência do Direito como uma grande necessidade de se estabelecer regras e padrões para regulação da vida em sociedade, o estudo dessas normas só faria sentido se aplicado à realidade, afinal são criadas justamente para atender às exigências individuais daqueles que convivem entre si.

Contudo, o modo de atuação dos responsáveis por aplicar o direito aos casos concretos pode ter variações de um ordenamento jurídico para outro. Isto porque, os ordenamentos pertencem a tradições jurídicas distintas, seja a common law ou a civil law, as quais tiveram diferentes modelos de construção vinculados aos diversos contextos históricos.

#### 4.1 Convergência entre as tradições jurídicas da common law e da civil law

Como ensina Francisco Rosito, a clássica distinção entre as duas tradições jurídicas diz respeito às fontes do direito. Na tradição da common law, o Poder Judiciário atua de forma indutiva, isto é, a partir dos casos individuais extrai uma regra geral a ser aplicada a casos futuros. O processo seria, pois, um instrumento técnico para a constituição do próprio direito. Já na tradição da civil law, o Judiciário atua de forma dedutiva, afinal uma regra particular para o caso concreto é deduzida a partir da regra geral (lei). O instrumento de que se vale o Direito seria, assim, a legislação<sup>85</sup>.

Ronaldo Cramer reforça essa ideia, na medida em que estabelece que a tradição da common law tem o precedente como principal fonte do Direito. Logo, o Poder Judiciário é o principal protagonista e o Direito Processual se sobrepõe ao Direito Material. Enquanto que na tradição da civil law a lei é a principal fonte do Direito, e o Poder Legislativo é quem assume o papel de destaque. Há um predomínio do Direito Material sobre o Direito Processual<sup>86</sup>.

---

85 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 76.

86 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28.

Ainda, Marinoni entende que a diferenciação entre ambas as tradições não está relacionada apenas ao papel do órgão julgador de criar o direito (common law) ou declarar a lei (civil law), mas também à compreensão de que somente na common law o juiz mereceu confiança e espaço<sup>87</sup>. O autor explica que o contexto histórico da Revolução Francesa influenciou a tradição da civil law. Na época da revolução, a preocupação era construir um direito que conferisse poder ao Legislativo, e não deixar brechas para os juízes, que até então atuavam de maneira parcial, privilegiando os senhores feudais<sup>88</sup>.

Cumprе mencionar, entretanto, que essas diferenças de papéis dos órgãos julgadores da common law e da civil law restaram no plano ideológico da reconstrução do direito francês. Com o passar dos anos, verificou-se que os juízes da civil law também passaram a criar o direito, como sinaliza Marinoni<sup>89</sup>.

Outra diferença marcante entre as tradições jurídicas está relacionada ao efeito atribuído aos precedentes. Na common law, como já mencionado, os precedentes possuem força vinculante contra todos, isto é, a decisão judicial não produz efeitos apenas para as partes envolvidas no caso concreto específico, mas também para casos futuros<sup>90</sup>. A doutrina do *stare decisis* – vinculação por meio do precedente judicial –, consolidada no final do século XIX, converte o sistema jurídico em direito do caso concreto (case law)<sup>91</sup>. Assim, os órgãos

---

87 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45.

88 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 49.

89 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50.

90 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 77.

91 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 82.

juizadores estariam vinculados às suas próprias decisões anteriores e àquelas proferida por órgãos hierarquicamente superiores.

Todavia, Marinoni deixa claro que a doutrina dos precedentes (*stare decisis*) e a tradição da common law não são a mesma coisa. A common law nasceu muito antes de surgirem as preocupações com relação a tais questões. O *stare decisis* constitui um elemento recente que surgiu para dar, sobretudo, segurança às relações jurídicas. Essa distinção será útil para entendermos como o ordenamento jurídico brasileiro vem tratando o sistema de precedentes<sup>92</sup>.

Já na tradição da civil law, um caso particular produz efeitos apenas para as partes envolvidas, e não a terceiros. Tal caso só passa a ter valor se somado a outros, consistindo em uma prática reiterada, a qual constitui a jurisprudência. Contudo, como ensina Hermes Zaneti Jr., precedente vinculante e aquilo que entendemos como jurisprudência não se confundem, uma vez que a última atua por aqui de forma “persuasiva”, enquanto que exarado um precedente na common law, sua consideração passa a ser obrigatória sempre que a mesma matéria vier a ser debatida<sup>93</sup>. Na civil law, a vinculação normativa está contida no texto das leis formuladas pelo legislador, cabendo ao órgão julgador aplica-la. Não há, portanto, dever jurídico de que se siga os precedentes<sup>94</sup>.

Apesar dessas diferenças existentes entre as tradições jurídicas da common law e da civil law, há uma tendência atual de convergência entre ambas, é dizer, propensão de que uma tradição incorpore institutos da outra, com vistas a solucionar problemas práticos do sistema jurídico local, sem, no entanto, a descaracterização da tradição originária<sup>95</sup>. Tal convergência

---

92 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 32.

93 ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, vol. 235, p. 293–349, set. 2014.

94 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 88.

95 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 29.



ocorre em relação a diversas searas jurídicas, dentre elas a matéria do precedente judicial. Assim, como destaca Rosito, os países pertencentes à tradição da civil law têm interpretado a função jurisdicional de uma outra forma, atribuindo maior força aos precedentes, em busca de maior segurança jurídica, igualdade, além de economia processual e celeridade e eficiência na prestação jurisdicional<sup>96</sup>.

O autor evidencia tal convergência, explicando que as diferenças entre as tradições jurídicas se tornam menores quando o precedente é tido como argumento, afinal a tarefa do órgão julgador da civil law, na atualidade, se aproxima daquela realizada pelo órgão julgador da common law. Ambos devem resolver conflitos de acordo com o ordenamento jurídico, ambos exercem uma atividade criativa, e nos dois sistemas, de diferentes formas, os precedentes podem ser superados<sup>97</sup>.

Cramer oferece causas para esse processo de convergência. A primeira é a globalização, a qual reclama que os sistemas jurídicos não sejam tão diferentes. A segunda causa seria o fato de que todo país incorpora institutos mais eficientes de outra tradição jurídica para solucionar as deficiências do seu próprio sistema jurídico. Logo, os países da common law são incentivados a editar mais leis, de modo que a norma jurídica seja produzida de forma mais rápida do que a partir de casos julgados. E os países da civil law são estimulados a dar mais força aos precedentes, para que a resposta judicial sobre questões já julgadas se torne mais previsível<sup>98</sup>.

No que tange aos países da civil law, ensina Cramer, além dessas causas, outras mais específicas explicam o movimento de convergência para a common law. Uma delas é o fato de o legislador ter passado a empregar técnicas legislativas de textos normativos abertos, em

---

96 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 198.

97 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 188.

98 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30.

decorrência de mudanças sociais. Esse cenário impõe que o judiciário desempenhe uma função criativa do direito, e suas decisões se tornam relevantes<sup>99</sup>.

Ainda, o autor cita o advento do constitucionalismo como causa, já que com o predomínio da constituição em relação às demais normas nos países da civil law, os tribunais superiores passaram a ser protagonistas no seu papel de controle de constitucionalidade. Como explica Marinoni, sobre o impacto do constitucionalismo na civil law, na medida em que o direito não está na lei, mas na constituição, a jurisdição deixa de ter como destino a declaração de vontade da lei, mas objetiva conformar a lei aos direitos contidos na constituição. Logo, o juiz da civil law que controla a constitucionalidade, por não estar subordinado à lei, passou a exercer papel tão criativo quanto o juiz da common law<sup>100</sup>.

Especificamente no caso brasileiro, Cramer destaca uma outra causa para a convergência. O enorme número de processos em curso cria uma necessidade de adoção do sistema de precedentes, mas não idêntico ao sistema da common law. Tal necessidade, segundo o autor, foi um dos principais motivos para a aproximação do nosso ordenamento à common law<sup>101</sup>.

Marinoni também se preocupou em demonstrar a aproximação entre as tradições do common law e da civil law, especialmente a jurisdição brasileira. O autor explica que não há nenhum déficit de legislação em países pertencentes à common law e que a evolução da civil law descaracterizou a ideia de que o órgão julgador não teria liberdade para criar o direito. Assim, o autor defende a imprescindibilidade do respeito aos precedentes no Brasil<sup>102</sup>.

---

99 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31.

100 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58.

101 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 32.

102 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 81.

Como fundamentos para justificar tal respeito aos precedentes, o autor cita, além da questão do constitucionalismo no civil law, o fato de que os juízes deixaram de somente aplicar a lei quando esta se mostra incompleta ou contém conceitos indeterminados. Nessas situações a concretização da norma deve levar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso concreto, cabendo ao juiz, através de sua interpretação, preencher as lacunas para decidir o litígio. Por isso, a indispensabilidade do sistema de precedentes na jurisdição contemporânea, pois fundamental para conferir segurança à parte e permitir ao advogado ter ciência de como os órgãos julgadores têm complementado os conceitos indeterminados<sup>103</sup>.

Explica Marinoni que a ausência de respeito aos precedentes na tradição da civil law está fundada na falsa suposição de que a lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica. Entretanto, o que se verificou foram casos idênticos sendo decididos de forma distinta. O autor sustenta, pois, que a segurança jurídica exige o sistema de precedentes, de modo que os casos similares sejam tratados do mesmo modo, em respeito aos jurisdicionados<sup>104</sup>.

Na visão desses autores, pois, seria extremamente benéfico para o ordenamento jurídico brasileiro a adoção de um sistema de precedentes, isto é, muitas deficiências do nosso ordenamento poderiam ser superadas se um maior grau de respeito fosse concedido aos precedentes judiciais.

#### 4.2 Teoria dos precedentes e os tribunais superiores brasileiros

Para que se possa entender melhor a construção dos precedentes no Brasil é imperativa a análise do papel desempenhado pelos tribunais superiores, quais sejam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cuja atuação coloca em prática aspectos das teorias jurídicas abordadas. Nas lições de Hermes Zaneti Jr., a teoria dos precedentes é uma teoria

---

103 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 69.

104 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 82.

para as Cortes Supremas. Ou seja, são estas Cortes os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e serem responsáveis pela uniformização da jurisprudência. Além disso, as Cortes Supremas devem estar vinculadas a precedentes, seja para afastar a aplicação de um precedente ou aplicar um novo precedente em substituição a um antigo<sup>105</sup>.

Como explica o autor, as Cortes Supremas gradativamente passam a exercer uma função de interpretação jurídica, já que o texto legal não se confunde com a norma aplicável ao caso, a qual é resultado da interpretação. A teoria dos precedentes aplica-se à atividade de interpretação do direito, sem ofender os princípios da legalidade, separação dos poderes e submissão do juiz à lei<sup>106</sup>.

Quando a decisão da Corte atribui sentido ao direito, ao separar a norma do texto legal, outorga-se unidade ao direito com a elaboração do precedente. A função da Corte, pois, é justamente proclamar a interpretação mediante precedente para garantir a unidade do direito. A Corte Suprema, portanto, só pode ser vista como corte de interpretação que atribui significado ao direito, e consequentemente, garante a igualdade perante o direito<sup>107</sup>.

A Constituição de 1988 realçou a competência do STF como guarda da Lei Maior, tendo atribuído ao STJ a competência para controle da aplicação do direito federal, nos termos dos arts. 101 a 103. Ensina Rosito que, nos termos da organização judiciária estabelecida pela ordem constitucional, o STF pode exercer competência originária, ordinária ou extraordinária. Na competência originária, o STF é o primeiro e único a processar e julgar certas causas. Na ordinária, atua como revisor, na condição de órgão de segundo grau de jurisdição. E na

---

105 ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 311.

106 ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 313.

107 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 78.

extraordinária, atua mediante “recursos estritos”, com vistas a uniformizar a interpretação e aplicação do direito<sup>108</sup>.

O STF tem condições de constituir precedentes constitucionais, na medida em que os efeitos dos seus julgados são potencializados pela validade *erga omnes* e pela força vinculante que deles provém. A título ilustrativo, o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF tem como objetivo preservar a harmonia do sistema jurídico, a fim de eliminar qualquer norma incompatível com a Constituição. Não constitui mecanismo de tutela de direitos subjetivos, porém as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade têm caráter vinculante e obrigatório para todos os demais órgãos do Judiciário<sup>109</sup>.

Como expõe Rosito, além do controle concentrado, o juiz brasileiro tem a possibilidade de exercer também o controle difuso de constitucionalidade. Com isso, para que haja coerência na aplicação do direito constitucional em toda a federação, as decisões do STF devem funcionar como verdadeiros precedentes vinculantes, para que a Corte assuma seu papel de guardião e evite um caos no ordenamento jurídico<sup>110</sup>.

O STJ também pode exercer competência originária, ordinária e especial. No último caso, a função exercida é de órgão de sobreposição, com vistas a uniformizar a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional. Assim, o STJ oferece a interpretação correta do direito e controla a unidade do direito aplicado na atividade judicial, para garantir a segurança jurídica. No exercício de tais funções, a Corte transcende o interesse das partes e projeta o entendimento e a inteligência da legislação federal para toda a sociedade, de modo que suas decisões devem ser encaradas como precedentes vinculantes<sup>111</sup>.

---

108 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 377.

109 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 381.

110 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 422.

111 ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 432.

Segundo Marinoni, o STJ desempenha a função interpretativa de separar a norma do texto da lei federal. Assim, a Corte coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Os precedentes do STJ integram a ordem jurídica e interessam à toda a comunidade, de modo que suas decisões obrigam os tribunais ordinários pela simples circunstância de significarem o sentido do direito. O autor conclui, portanto, que a decisão do STJ, ao definir a interpretação, não elabora parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige o próprio direito em determinado contexto. A decisão deixa de ser mera jurisprudência e passa a ser precedente, regulando a vida social, e por isso, tem autoridade prante os demais tribunais<sup>112</sup>.

Como se vê, os exemplos de respeito aos precedentes que temos em nossa prática jurídica se relacionam à atuação dos tribunais superiores, que na maioria das vezes, proferem tais precedentes em julgamentos sobre a conformidade dos dispositivos legais com a Constituição e com a legislação federal. Não se vê, ao contrário do que ocorre na tradição da common law, o caráter vinculante nas decisões judiciais proferidas em julgamentos que solucionam controvérsias fáticas. Contudo, as mudanças no novo Código de Processo Civil, como será visto, demonstra que o legislador brasileiro passou a considerar mais os ensinamentos da doutrina sobre os precedentes.

### 4.3 Precedentes no novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil brasileiro, cuja entrada em vigor ocorreu em março de 2016, chama a atenção para questões envolvendo a matéria dos precedentes judiciais. Segundo Ronaldo Cramer, o novo Código valoriza o precedente judicial, reforçando os já existentes, criando novos e fortalecendo a sua aplicação<sup>113</sup>.

---

112 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79 – 80.

113 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48.

Hermes Zaneti Jr., ao comentar sobre o novo Código, indica que por trás dos dispositivos legais muitas questões teóricas, como a compatibilidade entre o princípio da legalidade, o princípio da separação de Poderes e a vinculação do juiz à lei e a independência judicial, apresentam-se de forma compromissada com um modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, vinculação aos fatos da causa<sup>114</sup>.

Com relação aos artigos no novo Código que tratam dos precedentes, o art. 927<sup>115</sup> é considerado o principal. Tal importância pode ser justificada analisando-se o histórico do mencionado artigo. Como explica Cramer, nas diferentes versões do Projeto do novo Código alguns dispositivos antecederam o art. 927, dentre eles dispositivos que se referiam expressamente a precedente judicial, tendo sido criado pelo Projeto da Câmara, inclusive, um capítulo apenas para o assunto<sup>116</sup>.

---

114 ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, vol. 235, p. 293–349, set. 2014.

115 A norma vem assim prevista: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:  
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;  
II - os enunciados de súmula vinculante;  
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;  
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;  
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.  
§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.  
§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.  
§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.  
§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.  
§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

116 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 179.

No entanto, há uma polêmica envolvendo o referido art. 927 do NCPC, no que tange à sua interpretação. Há quem entenda que os precedentes listados nesse artigo são dotados de força vinculante, enquanto outros não acreditam nessa força. Uma primeira corrente adota o entendimento de que os precedentes listados no art. 927 do NCPC são vinculantes. Ronaldo Cramer, adepto desta corrente, argumenta que o próprio texto do dispositivo indica a vontade do legislador, que obriga os juízes e tribunais a “observarem”, isto é, “respeitarem” os precedentes ali listados. Além disso, o autor afirma que o § 1º desse artigo, que exige contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos precedentes do *caput*, só faria sentido se os precedentes fossem encarados como vinculantes<sup>117</sup>.

Na visão de Cramer, quando se trata das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, primeiro precedente listado no art. 927 do NCPC, tais decisões só passaram a ser dotadas de eficácia de precedente a partir do novo Código. Para o autor, a eficácia *erga omnes* e vinculante de que tais decisões já gozavam, não se confunde com a eficácia de precedente, a qual não abrange a parte dispositiva da decisão, mas a *ratio decidendi*, isto é, as razões determinantes, e só obriga órgãos do Judiciário<sup>118</sup>.

Com relação ao segundo precedente listado no art. 927 do NCPC, qual seja as súmulas vinculantes, Cramer dispõe que súmula não se confunde com precedente. A inclusão da súmula vinculante no referido artigo, segundo o autor, não a transforma em precedente, mas significa que seu precedente originário é vinculante. Apesar de a Constituição já prever a obrigatoriedade da súmula vinculante, a partir do novo Código a mesma não deve ser empregada com base em seu texto, mas nos termos do seu precedente originário, o qual guarda a norma jurídica criada pelo STF<sup>119</sup>.

O inciso III do art. 927 do NCPC prevê, como precedentes, as decisões nos incidentes de assunção de competência e de julgamento de casos repetitivos. Segundo Cramer, essas decisões terão efeito vinculante a partir de sua *ratio decidendi*, e não com base em seu

117 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 191.

118 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 193.

119 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 194.



dispositivo. O inciso IV prescreve como precedentes as súmulas do STJ e do STF. Da mesma forma que as súmulas vinculantes, Cramer entende que o art. 927 do NCPC torna vinculante não o texto da súmula, mas o precedente que a originou. Terão seus precedentes vinculantes as súmulas que tiverem sua proposta de edição formulada após a entrada em vigor do novo CPC<sup>120</sup>.

O último inciso do art. 927 do NCPC dispõe que as decisões dos órgãos de cúpula dos tribunais são precedentes. Para Cramer, o mencionado inciso traz uma hipótese de precedente horizontal vinculante, já que tais decisões são precedentes vinculantes apenas para os órgãos a eles internamente subordinados. Apenas as decisões proferidas após a entrada em vigor do novo CPC assumirão tal condição de precedente vinculante. Cumpre destacar, ainda, que o autor não considera possível a aplicação do art. 927 do NCPC no processo penal e trabalhista, já que se trata de norma processual civil<sup>121</sup>.

Uma segunda corrente, ao contrário da primeira, argumenta que o art. 927 do NCPC não estabelece precedentes vinculantes. Nessa concepção, os precedentes vinculantes do ordenamento jurídico brasileiro seriam aqueles que contam com reclamação para forçar o seu cumprimento. Trata-se das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade,

---

120 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 195 – 196.

121 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 197.

as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, listados no art. 988<sup>122</sup> do NCPC<sup>123</sup>.

Uma terceira corrente afirma que o art. 927 do NCPC não tem como objetivo conferir força vinculante aos precedentes ali listados, mas apenas exigir que os órgãos julgadores os levem em conta na hora de proferir suas decisões<sup>124</sup>. Alexandre Câmara, adepto desta corrente, entende que o dever imposto pelo legislador contido no art. 927 do NCPC não se refere à obrigação dos juízes de aplicarem os precedentes ali listados, mas levá-los em consideração em suas decisões<sup>125</sup>.

Uma outra corrente adota interpretação diversa em relação ao art. 927 do NCPC. O entendimento é de que, se o mencionado artigo for interpretado como um rol de precedentes vinculantes, a norma será inconstitucional. Segundo Tucci, adepto desta corrente, a inconstitucionalidade decorre do fato de que a Constituição considera apenas e tão somente

---

122 A norma vem assim prevista: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação”.

123 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 184.

124 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 185.

125 CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 434.

como precedentes vinculantes a súmula vinculante e os julgados de controle direto de constitucionalidade<sup>126</sup>.

Ainda, uma corrente capitaneada por Marinoni defende que somente os tribunais superiores têm a missão de emitir precedentes, e todos os seus precedentes, não só os listados no art. 927 do NCPC, são dotados de efeito vinculante<sup>127</sup>. Para Marinoni, o caráter do referido artigo é meramente exemplificativo, é dizer, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao STF e ao STJ a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional para se concluir que os precedentes das Cortes Supremas devem ser respeitados pelos órgãos julgadores<sup>128</sup>.

Em relação ao inciso I do art. 927 do NCPC, Marinoni afirma que a própria Constituição já estabelece que as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade produzem coisa julgada *erga omnes*. Segundo o autor, a *ratio decidendi* dessas decisões tem eficácia obrigatória, e devem, pois, ser respeitadas pelos juízes e tribunais<sup>129</sup>.

Sobre o inciso II do art. 927, Marinoni considera evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinário e especial repetitivos que podem obrigar os órgãos julgadores, mas todas as proferidas em qualquer recurso extraordinário e especial. As *rationes decidendi* de tais acórdãos têm efeito vinculante, não sendo necessária tal previsão num Código de Processo Civil<sup>130</sup>.

---

126 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 186.

127 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 187.

128 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

129 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 285.

130 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 286.

No que tange às súmulas vinculantes e aquelas do STF e do STJ, Marinoni ensina que uma súmula não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria de um precedente. Segundo o autor, as súmulas vinculantes deveriam ser conjugadas com os precedentes firmados em recurso extraordinário, os quais são vinculantes. Só há necessidade de súmula vinculante quando o STF, em face do mesmo caso, firmou *rationes decidendi* dificilmente decifráveis. Admitir súmula vinculante em relação a uma *ratio* delineada, seria supor que toda e qualquer *ratio decidendi* depende da edição de súmula para ser vinculante, o que não é verdade na visão do autor<sup>131</sup>.

Assim, Marinoni considera o art. 927 do NCPC desnecessário. À parte das súmulas, as quais não são precedentes, as decisões previstas nos incisos I e III são precedentes das Cortes Supremas. Significa que a norma do referido artigo consiste na lembrança de decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes*, de observância obrigatória<sup>132</sup>.

Além do art. 927 do NCPC, outros artigos têm relevância quando se trata da questão dos precedentes judiciais. Hermes Zaneti Jr., indica que o art. 10<sup>133</sup> do NCPC é importante, na medida em que aborda o tema do contraditório, especialmente no que tange à vedação de não surpresa, prevista no mencionado artigo. Para o autor, este é um dos elementos do que classifica como “virada cooperativa” no direito processual civil que prevê uma maior obrigação de cooperação entre as partes e juiz e sua ligação direta com a redemocratização<sup>134</sup>.

---

131 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

132 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

133 A norma vem assim prevista: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

134 ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, vol. 235, p. 293–349, set. 2014.

Além desse, Zaneti Jr. destaca o art. 489<sup>135</sup> do NCPC, que trata sobre o controle da motivação da sentença, isto é, elementos, requisitos e efeitos da sentença, especialmente no § 1º que faz menção expressa aos precedentes, ao indicar dois elementos característicos das motivações judiciais por precedentes. Primeiro, que os precedentes devem ser aplicados de forma distinta das leis, exigindo a demonstração da identidade dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) entre o caso fonte o caso presente, mesmo quando tratem de enunciados de súmula ou jurisprudência dominante (inciso V). Em segundo, a obrigatoriedade de motivar a decisão, quando deixar de aplicar precedentes invocados pela parte, devendo demonstrar a distinção do precedente com o caso em julgamento ou a superação do entendimento afirmado pela parte (inciso VI)<sup>136</sup>.

Destaca Marinoni que tal necessidade imposta pelo inciso V do mencionado § 1º, do art. 489 do NCPC, de o juiz não poder simplesmente invocar a *ratio* é direito, que assim impõe-se para a realização da demanda. Da mesma forma que o juiz não pode invocar uma lei sem situá-la no contexto do caso, não pode invocar um precedente sem demonstrar que regula a questão de direito posta no caso<sup>137</sup>. Em relação ao inciso VI do mesmo parágrafo e artigo, o autor explica que a norma evidencia um ônus argumentativo do órgão julgador, dirigido a demonstrar que o precedente não é apto a resolver o caso ou que esse, por ser marcado por circunstâncias fáticas típicas não se enquadra no tipo de casos que pode ser solucionado pelo precedente<sup>138</sup>. Ainda, sobre a última parte do referido inciso VI, sustenta que consiste em não

---

135 A norma vem assim prevista: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

136 ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil:

Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, vol. 235, p. 293–349, set. 2014.

137 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 339.

138 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 340.

aplicação de precedente desgastado pelas decisões da própria Corte Suprema. O órgão julgador deve se comportar de acordo com o direito, e assim, em conformidade com o comportamento da Corte Suprema<sup>139</sup>.

Ronaldo Cramer também destaca alguns artigos do novo Código relacionados aos precedentes judiciais. Além dos já citados, o art. 926<sup>140</sup> do NCPC estabelece normas gerais sobre precedentes, mas afirma que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente. O art. 311, inciso II<sup>141</sup>, do NCPC dispõe que o juiz pode outorgar tutela de evidência ao autor, se os fatos estiverem comprovados por documento e o caso se encaixar em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. O art. 496, § 4º, incisos I a III<sup>142</sup>, do NCPC dispensa a remessa necessária, se a sentença contra a Fazenda Pública estiver de acordo com súmula de tribunal superior, julgamento de casos repetitivos e julgamento de assunção de competência<sup>143</sup>.

---

139 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 341.

140 A norma vem assim prevista: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

141 A norma vem assim prevista: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”.

142 A norma vem assim prevista: “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...)

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”.

143 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

Por fim, há normas no novo Código que preveem o uso de precedentes como técnica de abreviação do procedimento, para permitir o julgamento imediato do processo ou do recurso. O art. 332<sup>144</sup> do NCPC autoriza ao juiz julgar improcedente liminarmente o pedido na primeira instância, com fundamento em súmula do STF ou do STJ, julgamento de casos repetitivos, julgamento de assunção de competência ou súmula do tribunal de justiça sobre direito local<sup>145</sup>.

Já o art. 932, inciso IV<sup>146</sup>, do NCPC confere ao relator o poder de negar seguimento ao recurso, se este estiver em confronto com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, julgamento de casos repetitivos ou julgamento em assunção de competência. O inciso V do mesmo artigo confere ao relator o poder de dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida for contrária à súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, julgamento de casos repetitivos ou julgamento de assunção de competência. Alguns autores como Marinoni consideram que as normas que usam precedentes como técnica de abreviação procedimental são de observância obrigatória. Enquanto outros, como Cramer, não consideram a sua observância obrigatória. Seriam vinculantes apenas os precedentes listados no art. 927 do NCPC<sup>147</sup>.

---

144 A norma vem assim prevista: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

145 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 198.

146 A norma vem assim prevista: “Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”.

147 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 200.

É importante destacar que o debate jurídico apresentado a respeito da interpretação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é influenciado pelos ensinamentos dos doutrinadores que foram expostos ao longo do trabalho. Com relação aos elementos do precedente, destaca-se, como vimos, a influência da *ratio decidendi*, principalmente na previsão do art. 489, § 1º, inciso V, do NCPC. Cramer afirma que até a reforma do CPC não se usava o precedente, mas sim a jurisprudência, conforme interesse do interlocutor. Porém, muitas vezes, a jurisprudência era invocada sem nenhum critério e apenas as ementas dos julgados eram citadas. Citava-se a ementa da decisão judicial como se fosse um texto normativo, de modo que sua interpretação bastasse para revelar o posicionamento do tribunal. Contudo, a doutrina dos precedentes, com muita força na common law, influenciou a construção do novo Código, o qual reclama, no mencionado artigo, que a referência aos precedentes, tanto por juízes, quanto por advogados, deve ser feita de forma criteriosa, por meio da *ratio decidendi* e com a exposição dos motivos do seu encaixe ou não no caso concreto<sup>148</sup>.

Marinoni reforça a ideia de que é preciso demonstrar mediante argumentação que faça ver que a *ratio* da decisão anterior racionalmente justifica a submissão do caso ao precedente<sup>149</sup>. O inciso VI do art. 489, § 1º, do NCPC também foi claramente influenciado pela doutrina dos precedentes. Como vimos, os juízes não podem ignorar o precedente invocado pela parte quando esse tem potencialidade para determinar o alcance do resultado. Para não aplicar o precedente (“distinção”) deverá ser demonstrado que a situação jurídica controvertida não é abrangida pela *ratio* do precedente<sup>150</sup>.

Ainda, o autor revela outra forte influência da doutrina do *stare decisis* sobre o novo Código. O art. 927, § 4º do NCPC consagra a necessidade de justificação para que a

---

148 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 202.

149 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 339.

150 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 340.



revogação de um precedente não constitua um ato prematuro. Percebe-se que quando o legislador fala que a modificação de súmula, jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos, está condicionada a uma fundamentação adequada, ele se preocupa em manter as expectativas geradas e a segurança jurídica, já que estes precedentes estão voltados a orientar a sociedade<sup>151</sup>.

No mesmo art. 927, § 5º do NCPC percebe-se o realce do princípio da publicidade, vez que obriga os órgãos julgadores a dar publicidade a seus precedentes, principalmente pela Internet, organizando a busca por meio da questão jurídica julgada. É fundamental que advogados e juízes conheçam os precedentes, num sistema jurídico no qual devem obedecê-los. Percebe-se, pois, que o legislador trata os precedentes com grande respeito, o que é característico das teorias jurídicas abordadas nos capítulos anteriores.

---

151 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 357.

## CONCLUSÃO

Na esfera jurídica, uma das atividades de destaque é o exercício realizado pelos operadores do direito no contexto da prestação jurisdicional. O grupo de operadores é formado por magistrados, que atuam sozinhos ou integram um colegiado, advogados e juristas, assim considerados, apesar de muitos também serem advogados, pois são pensadores do direito. Os primeiros têm a função de solucionar as situações jurídicas controvertidas. Os que exercem a advocacia têm a função de defender os interesses de seus clientes envolvidos no caso litigioso. Logo, seu principal objetivo é convencer os órgãos julgadores de que a razão está com seu cliente e de que os pedidos da parte adversa não merecem ser acolhidos. Já os últimos, formam o que chamamos de doutrina, ou seja, estudam os diversos institutos jurídicos e desenvolvem teorias, as quais auxiliam os juízes a formarem seus entendimentos e proferirem suas decisões e os advogados a construírem suas teses.

Se levarmos em conta que no contexto da atividade jurisdicional os advogados buscam a prevalência de suas teses sobre as demais, é natural que haja uma preocupação com relação aos argumentos que serão trazidos na defesa de suas ideias. Da mesma forma, os juízes que põem fim às controvérsias jurídicas através de suas decisões, procuram fundamentá-las com base em argumentos que reduzam ao máximo a possibilidade de incompreensão do que se pretende dizer. Ora, a argumentação é, pois, elemento imprescindível para a aplicação prática do direito.

Argumentar significa apresentar razões em defesa de uma conclusão<sup>152</sup>. Existem diferentes técnicas de construção e emprego dos argumentos jurídicos. Neste trabalho, vimos que uma dessas técnicas argumentativas é a formulação de argumentos com base na aplicação de precedentes. Nos países cujo ordenamento jurídico pertence à tradição da civil law, caso do Brasil, um argumento costuma ser considerado extremamente convincente quando se apoia em dispositivos legais, presentes nos textos de criação do Poder Legislativo, que são

---

152 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 11.

organizados em artigos, incisos e parágrafos. Quando a conclusão que se defende já havia sido prevista pelo legislador, representante do povo, não há muita margem de discordância em relação ao argumento.

No entanto, às vezes, as constantes transformações sociais não são acompanhadas pelo legislador, que acaba por deixar lacunas na legislação. Nessas hipóteses em que os juízes e advogados não encontram nas normas positivadas a resposta para a questão controvertida, uma alternativa é defender suas opiniões através de argumentos baseados nos precedentes judiciais. É dizer, os operadores do direito se apoiam na decisão judicial que deu solução a um caso anterior, o qual envolvia a mesma matéria jurídica ora debatida. Por serem casos similares, o autor do argumento conclui que ambas as situações devem receber o mesmo tratamento.

É preciso destacar que não é qualquer decisão judicial que serve de precedente para o caso presente. Como mencionado, o autor do argumento terá que verificar se as razões determinantes da decisão passada (*ratio decidendi*) são aplicáveis à situação em debate. Aquilo que não foi determinante para a formação da decisão do caso anterior (*obiter dictum*) não integra o precedente. A *ratio* da decisão orienta o autor do argumento a formular sua conclusão. Muitas vezes, todavia, não é simples identificar a *ratio*. Ela não é fruto da criação do legislador, mas sim do órgão julgador que decidiu o caso precedente ou é identificada pelo próprio órgão julgador do caso presente quando o juiz do caso anterior não expõe de forma clara as suas razões determinantes.

Nos países pertencentes à tradição jurídica da common law, os precedentes não só servem de base para os argumentos, como são considerados vinculantes. Isto porque, o princípio do *stare decisis* determina que as decisões judiciais devem ser obedecidas no futuro diante de casos similares<sup>153</sup>. A *ratio* da decisão anterior é de observância obrigatória pelos juízes quando solucionam os litígios presentes. Sendo assim, os tribunais estão vinculados às decisões de tribunais hierarquicamente superiores (eficácia vertical) e às suas próprias decisões anteriores (eficácia horizontal). Todavia, em situações excepcionais um precedente

---

153 SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016. p. 125.

pode ser “distinguido”, ou até revogado, o que significaria a não aplicação do precedente ao caso presente.

Outra alternativa à qual operadores do direito podem recorrer caso não encontrem resposta na legislação, é o argumento com base em analogia. Nessas situações, o autor do argumento irá basear a sua conclusão em uma analogia criada entre o caso presente e outro decidido anteriormente. Aquele que argumenta pretende que a situação jurídica ora debatida receba o mesmo tratamento que a situação análoga recebeu. É possível, ainda, que haja mais de um caso análogo em relação ao caso presente. Para justificar sua conclusão, o autor do argumento deve mostrar que ambas as situações apresentam semelhanças relevantes entre si. Tais semelhanças, porém, não precisam ser numerosas, mas devem ter uma “força” jurídica capaz de enriquecer o argumento.

O problema é que nem sempre tais semelhanças são evidentes. Além disso, “relevância” é um conceito relativo, de modo que o que é relevante para uma pessoa, não necessariamente será para outra. Nesse sentido, o argumento analógico dá margem para discordâncias e está sujeito a objeções, as quais podem ser formuladas de maneiras distintas. Como nunca haverá duas situações exatamente idênticas, uma possível objeção ao argumento analógico é tentar mostrar que as diferenças entre as situações possuem uma importância jurídica maior do que as semelhanças. Outra possível objeção é a construção de um argumento analógico baseado em uma situação análoga diversa. Tratar-se-ia de duas analogias diferentes, cabendo ao órgão julgador decidir qual delas se adequa melhor ao caso em questão.

Há quem entenda que argumentar com base em precedente pode significar o mesmo que argumentar com base em analogia. Em defesa desse ponto de vista fala-se que ambos os argumentos fazem referência a decisões judiciais anteriores, e que a aplicação de um precedente funciona como uma analogia quando os casos apresentam diferenças relevantes entre si, mas ainda assim o princípio jurídico que fundamenta a decisão anterior pode ser aplicado para solucionar o caso presente.

Outros, por sua vez, entendem que o argumento com base em precedente não pode ser confundido com o argumento com base em analogia. Isto porque quando se aplica um precedente, o autor do argumento não goza de liberdade, já que está vinculado à decisão judicial anterior. É, pois, obrigado a aplicá-la ao caso em tela, ainda que não concorde com o

seu conteúdo. Ao contrário, quando se faz uma analogia, o autor do argumento tem liberdade para escolher qual caso análogo que melhor se adequa à conclusão que pretende alcançar. Além disso, os adeptos desse entendimento afirmam que, se comparados ambos os argumentos, é possível perceber que o argumento análogo é mais ousado do que o argumento baseado em precedente. Afinal, quem se apoia em um precedente aplica ao caso presente a mesma conclusão obtida pelo órgão julgador anterior. Enquanto que, quem se utiliza de analogia considera o entendimento proferido pelo órgão julgador anterior para chegar a uma nova conclusão. Portanto, deve mostrar que as semelhanças entre as situações são relevantes o bastante para justificar a relação existente entre a conclusão anterior e a atual.

Após a análise conceitual dessas técnicas de argumentação jurídica, bem como de características das teorias desenvolvidas pelos juristas, o objetivo, no último capítulo, foi verificar como esses entendimentos influenciam a prática jurídica de nosso país. Procurou-se colocar o foco nos precedentes judiciais, especialmente na maneira através da qual o nosso ordenamento jurídico vem tratando essa questão, tendo em vista as recentes reformas sobre a matéria implementadas no processo civil brasileiro. O novo Código trouxe artigos que versam sobre o caráter vinculante de determinadas decisões judiciais, além de artigos sobre os deveres e direitos dos órgãos julgadores a partir da obrigatoriedade de respeito a estas decisões.

É preciso lembrar que o Brasil pertence à tradição da civil law, e por isso, a força vinculante que os precedentes exercem não é a mesma exercida nos ordenamentos jurídicos de países que adotaram a tradição da common law. Contudo, verifica-se uma tendência de convergência entre ambas as tradições jurídicas, decorrente, dentre outros fatores, da incorporação de institutos da outra tradição, com vistas a solucionar deficiências dos ordenamentos jurídicos. Logo, a adoção do sistema de precedentes pelo direito brasileiro, segundo os autores mencionados, seria útil para conferir mais uniformidade e consistência à sua produção judicial<sup>154</sup>.

Falar em precedentes vinculantes no Brasil, nos remete à atuação dos tribunais superiores, os quais são os responsáveis por exercer o controle de conformidade das normas jurídicas com a Constituição e com a legislação federal. Quando exercem essas atividades,

---

154 CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30.

com vistas a unificar o direito, as Cortes Supremas assumem papel criativo, e não meramente mecânico, semelhante ao papel desempenhado pelos juízes da common law. As decisões proferidas pelos tribunais superiores são dotadas de efeito erga omnes e força vinculante, obrigando os demais órgãos do Judiciário.

O novo Código de Processo Civil traz inovações sobre o tema dos precedentes judiciais, evidenciando a influência que a doutrina do *stare decisis*, consolidada na tradição da common law, exerceu sobre nosso legislador, que se preocupou em respeitar elementos do precedente (*ratio decidendi*) e práticas relacionadas a ele (“distinção”).

Tal influência pode ser compreendida de uma melhor forma se analisados alguns artigos do novo Código. O art. 927 do NCPC, define certos precedentes e estabelece regras sobre sua aplicação, modificação e publicidade. Contudo gerou uma polêmica entre os juristas brasileiros em relação ao caráter de tais precedentes listados no artigo, isto é, se seriam vinculantes ou não. Ainda, merecem destaque os parágrafos 4º e 5º do referido artigo. O parágrafo 4º porque trata da possibilidade de se afastar a aplicação de um precedente por meio de sua revogação, e o parágrafo 5º porque cria o dever de os tribunais darem publicidade a seus precedentes. Ambos os dispositivos representam práticas abordadas pela doutrina dos precedentes.

O art. 489, § 1º, V e VI do NCPC também contêm dispositivos que representam as influências exercidas pelos ensinamentos dos grandes juristas sobre o tema dos precedentes. Tais dispositivos exigem, respectivamente, que o juiz, para aplicar um precedente, identifique sua *ratio decidendi* e verifique se a mesma abrange o caso presente, e que o juiz argumente especificamente para justificar a “distinção” do precedente, isto é, sua não aplicação ao caso controvertido, seja porque a *ratio* não se aplica ao caso, seja porque o entendimento do precedente já foi superado.

Portanto, como indicam os autores brasileiros mencionados neste trabalho, será benéfico para a nossa prática jurídica a adoção de um sistema de precedentes. Diante de uma realidade na qual os contrastes jurisprudenciais se fazem muito presentes, é de grande utilidade que se respeite o que já foi decidido. Tal obediência representaria a observância dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, bem como às expectativas legitimamente constituídas.

Espera-se, ao fim, que o presente estudo possa contribuir, ainda que modestamente, para a compreensão da argumentação jurídica baseada em precedentes e baseada em analogias, e da importância dessas técnicas argumentativas no contexto da atividade jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. p. 1.

BREWER, Scott. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 109, nº 5, p. 923-1028, mar. 1996. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1342258>>. Acesso em 10 nov. 2016.

CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

LAMOND, Grant. Precedent. **Philosophy Compass**, Oxford, vol. 2, issue 5, p. 699-711, sep. 2007. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x/full>>. Acesso em 19 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2016 Edition, Edward N. Zalta (ed.), Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em 20 de out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, vol. 858, p. 11-18, abr. 2007.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>>. Acesso em 20 out. 2016.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedent. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012. p. 123-136. Disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1836384](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384)>. Acesso em 19 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio. Contraponto, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUNSTEIN, Cass. On Analogical Reasoning. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 106, nº 3, p. 741-791, jan. 1993. The Harvard Law Review Association. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1341662>>. Acesso em 29 set. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.



ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionabilidade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2015.

\_\_\_\_\_. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, vol. 235, p. 293–349, set. 2014.